Die Undisclosed Agency des Anglo-Amerikanischen Rechtes. Aspekte zur sogenannten mittelbaren Stellvertretung des Deutschen Rechtes unter besonderer Berücksichtigung des obligatorischen Geschäfts für den, den es angeht

Eine rechtsvergleichende Betrachtung

[redacted]

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

[redacted]

vorgelegt von

Peter Heister

aus Neuss

Bonn 1980

Die Undisclosed Agency des Anglo-Amerikanischen Rechtes. Aspekte zur sogenannten mittelbaren Stellvertretung des Deutschen Rechtes unter besonderer Berücksichtigung des obligatorischen Geschäfts für den, den es angeht

Eine rechtsvergleichende Betrachtung

Entwurf einer

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt von

Peter Heister

aus Neuss

Bonn 1980

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. von Weizsäcker

Erstberichterstatter: Professor Dr. Schröder
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Gursky

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Mai 1980

Ü B E R S I C H T

	Seite
Übersicht	I
Literaturverzeichnis	II
Notes and Comments	XXXIII
Verzeichnis der anglo-amerikanischen Entscheidungen	XXXV
Abkürzungsverzeichnis	LI
Gliederung	LXI
Einleitung	1
1. Teil: Die anglo-amerikanische Rechtslage	5
I. Die historische Entwicklung der Undisclosed Agency	6
II. Die Rechtsbeziehungen im einzelnen	27
III. Kritik und Erklärungsversuche der Undisclosed Agency	126
2. Teil: Das deutsche Recht unter dem Blickwinkel der Undisclosed Agency	149
I. Insolvenz des Mittlers	150
II. Leistungsstörungen	211
III. § 123 BGB	225
IV. Irrtumsanfechtung	229
V. Die sog. Verpflichtungsermächtigung	233
VI. Das obligatorische Geschäft für denjenigen, den es angeht (Gfd)	249
Zusammenfassung und vergleichende Würdigung	290

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Abbott	Everett, V. Abbott: Of the Nature of Agency, 9 Harv. L.R. (1895/96) S. 507
American Jurisprudence	A Modern Comprehensive Text Statement of American Law State and Federal, Bd. 3, 2. Aufl. San Francisco 1962
Ames	James Barr Ames: Undisclosed Principal - His Rights and Liabilities, 18 Yale L.J. (1909) S. 443
Anson	Law of Contract, 24. Auflage von A.G. Guest, Oxford 1975
Assfalg	Dieter Assfalg: Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders, Berlin 1960
Assfalg	Dieter Assfalg: Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff, NJW 1963 S. 1582
Assfalg	Dieter Assfalg: Der Schutz des Treuhandbegünstigten gegen abredewidrige Verfügungen des Treuhänders in rechtsvergleichender Sicht, NJW 1970 S. 1902

Avancini	Peter Avancini: Ist § 392 Abs. 2 HGB auf die vom Kommissionär in Durchführung eines Kommissionsgeschäftes erworbenen Sachenrechte "analog" anzuwenden? in: Festschrift für Walther Kastner Wien 1972, S. 1
Bartsch	Robert Bartsch: Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die rechtliche Stellung des Sammelvermögens? Vhdl. 30 DJT (1910) Bd. I S. 154
Baumbach-Duden	Adolf Baumbach, Konrad Duden: Kommentar zum HGB, 23. Aufl. München 1978
Baur	Fritz Baur: Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Aufl. München 1978
Benjamin	Judah Philip Benjamin: A Treatise on the Law of Sale of Personal Property, 8. Aufl. von Donald Leslie Finnemore und Arthur E. James, London 1950
Bettermann	Karl August Bettermann: Vom stellvertretenden Handeln, Bochum 1937 (Neudruck, Aalen 1964)
Bettermann	Karl August Bettermann: Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, JZ 51 S. 321

Beuthien	Volker Beuthien, Walther Hadding u.a.: Studienkommentar zum BGB, Frankfurt a.M. 1975, zitiert nach Bearbeiter
Beuthien	Volker Beuthien: Besprechung von: Coing, Helmut - Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, AcP 175 (1975), S. 456
Böhle-Stamschräder	Alois Böhle-Stamschräder: Konkursordnung, 12. Aufl. München 1976
Böhm	Klaus Rudolf Böhm: Auslegung und systematische Einordnung des § 392 Abs. 2 HGB. Zum Verhältnis von Analogie und Fiktion bei mittelbarer Stellvertretung. Diss. Berlin 1971
Bowstead	Bowstead on Agency 14. Aufl. von F.M.B. Reynolds und B.J. Davenport, London 1976
Brox	Hans Brox: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. Köln 1978
Brunner	Georg Brunner: Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik,München 1977
Bruns	Victor Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910

Canaris (Lücken)	Claus-Wilhelm Canaris: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
Canaris (Vertrauenshaftung)	Claus-Wilhelm Canaris: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
Canaris	Claus-Wilhelm Canaris: Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten, NJW 73 S. 825
Capelle (Außenverhältnis)	Karl-Hermann Capelle: Das Außenverhältnis bei der Vertretung fremder Interessen nach skandinavischem Recht, in: Festschrift für Leo Raape zu seinem siebzigsten Geburtstag, Hamburg 1948 S. 325
Capelle (Handelsrecht)	Karl-Hermann Capelle: Handelsrecht, 18. Aufl. München 1977
Cheshire und Fifoot	Law of Contract, 9. Aufl. bearbeitet von M.P. Furmston London 1976
Chitty	Specific Contracts, Volume II, 24. Aufl. London 1977
Clayton	Frank B. Clayton: Election Between the Liability of an Agent and of his Undisclosed Principal, 3 Tex. L. Rev. (1925) S. 384

Cohn	Ernst Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931
Coing (Treuhand)	Helmut Coing: Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973
Coing (zu BGHZ 61, 72)	Helmut Coing: Publizität und Außenwirkung bei der Treuhand, zu BGHZ 61, 72, in: Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Johannes Bärmann zum siebzigsten Geburtstag, München 1975 S. 203
Corbin	Arthur Linton Corbin: Corbin on Contracts, St. Paul, Minn. 1950
David-Grasmann	René David, Günther Grasmann: Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München 1966
Deinard und Deinard	Amos S. Deinard und Benedict S. Deinard: Election of Remedies, 6. Minn. L. Rev. (1922) S. 480
Dernburg	Heinrich Dernburg: Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Aufl. Halle 1902; 3. Aufl. Halle 1906

Diederichsen	Uwe Diederichsen: Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, BGB - Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1973
Dölle	Hans Dölle: Neutrales Handeln im Privatrecht, in: Festschrift für Fritz Schulz, Bd. II, Weimar 1951 S. 268
Doris	Philippos Doris: Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, München 1974
Dowrick	F.E. Dowrick: The Relationship of Principal and Agent, 17 M.L.R. (1954) S. 24
Dressler	Rainer Dressler: Die entsprechende Anwendung handelsrechtlicher Normen auf Nichtkaufleute am Beispiel des § 392 Abs. 2 HGB - Ein Beitrag zur Methode der Analogie, Diss. Kiel 1968
Dressler	Rainer Dressler: Anm. zu BGH v. 19.11.1968, NJW 69, 276, in NJW 69, 655
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897, 3. Aufl. V. Band 2. Hälfte erläutert von F. Bing und J. Lehmann, Mannheim 1932

Eck	Ernst Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903
Eckstein	Felix Eckstein: Das englische Konkursrecht, Berlin 1935
Ehrenzweig	Armin Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Erster Band, Erste Hälfte: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Wien 1951
Emmerich	Hugo Emmerich: Die Sanierung I. Teil, Mannheim 1930
Emmerich	Volker Emmerich, Walter Gerhardt u.a.: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Bd. I, München 1974, zitiert nach Bearbeiter
Enneccerus-Lehmann	Ludwig Enneccerus, Heinrich Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey II	Ludwig Enneccerus, Hans Carl Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. von Hans Carl Nipperdey, 1. Band, 2. Halbband, Tübingen 1960
Erman	Walter Erman : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., Bd. 1, Münster 1975, Bd. 2, Münster 1975, zitiert nach Bearbeiter

Esser	Josef Esser: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970
Esser-Schmidt	Josef Esser, Eike Schmidt: Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, Teilband 2, Lehrbuch begründet von Josef Esser fortgeführt von Eike Schmidt, 5. Aufl. Heidelberg 1976
Ferson	Merton L. Ferson: Undisclosed Principals, 22 U. Cin. L.R. (1953) 131
Ferson	Merton L. Ferson: Principles of Agency, Brooklyn 1954
Fikentscher	Wolfgang Fikentscher: Lehrbuch des Schuldrechts, 6. Aufl. Berlin 1976
Fitzgerald	P.J. Fitzgerald: Salmond on Jurisprudence, 12. Aufl. London 1966
Flechtheim	Flechtheim: Eigentumsübergang beim Kommissionsgeschäft, LZ 1909, S. 48
Flume	Werner Flume: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. Berlin 1975

Fridman	G.H.L. Fridman: The Law of Agency, 4. Aufl. London 1976
Friedmann	Alfred Friedmann: Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? Vhdl. 36 DJT, Bd. I, S. 805, Berlin 1931
v. Gierke	Julius v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7. Aufl. Berlin 1957
v. Gierke-Sandrock	Julius v. Gierke, Otto Sandrock: Handels- und Wirtschaftsrecht von Julius v. Gierke, fortgeführt von Otto Sandrock, 9. Aufl. Berlin 1975
Gerhardt (Befreiungsanspruch)	Walter Gerhardt: Der Befreiungsanspruch, zugleich ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch, Göttingen 1966
Gerhardt (Sachenrecht)	Walter Gerhardt: Mobiliarsachenrecht, München 1976
Goodhart und Hamson	A.L. Goodhart und C.J. Hamson: Undisclosed Principals in Contract, 4 Cam. L.J. (1932) S. 320

Gray	Reginald A. Gray Jr.: The Liability of an Undisclosed Principal after Settlement with Agent, 18 Miss. L.J. (1947) 436
Gremmels	Hans Gremmels: Treuhand und mittelbare Stellvertretung Diss. Göttingen 1936
Güntner	Ernst E. Güntner: Der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit, Diss. Kiel 1967
Gursky	Karl-Heinz Gursky: Befreiungsansprüche im Konkurs des Befreiungsgläubigers, KTS 1973 S. 27
Haase	Walter Haase: Der Schuldbefreiungsanspruch gemäß § 257 BGB Diss. Köln 1939
Hachenburg	Hachenburg: Anm. zu einer RG-Entscheidung in JW 1915 S. 964, Nr. 16
Hagen	Horst Hagen: Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt 1971
Halsbury	Halsbury's Laws of England 4. Aufl. von Lord Hailsham of St. Marylebone, Bd. 1 London 1973; Ergänzung 1975

Hancock	J.E.M. Hancock: Undisclosed Principal, 1 U. Toronto L.J. (1934) 180
Hartmann	Hans R. Hartmann: Das Ausführungsgeschäft im deutschen und englischen Kommissionsrecht, Rostock 1935
Heyler	Grover R. Heyler: Undisclosed Principal's Rights and Liabilities: A Test of Election of Remedies, 39 Cal. L.R. (1951) 409
Heymann-Kötter	Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, bearbeitet von Hans-Wilhelm Kötter, 4. Aufl. Berlin 1971
Higgins	P.F.P. Higgins: The Equity of the Undisclosed Principal, 28 M.L.R. (1965) 167
Holmes	Oliver Wendell Holmes: Agency, 4 Harv. L.R. (1890/91) 345
Holmes	Oliver Wendell Holmes: Agency, 5 Harv. L.R. (1891/92) 1
Honsell	Heinrich Honsell: Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 76 S. 621

Huber	Ulrich Huber: Die Rechtsstellung des Treugebers gegenüber Gläubigern und Rechtsnachfolgern des Treuhänders, in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, herausgegeben von Eduard Wahl, Rolf Serick, Hubert Niederländer, Heidelberg 1967, S. 399
Hudson	A. H. Hudson: Agency - The Foreign Principal Presumption - Recent Developments in English Law, 35 Can. B.R. (1957) 336
Hudson	A. H. Hudson: Privity and The Foreign Principal, 32 M.L.R. (1969) 207
Hynes	J. Dennis Hynes: Agency and Partnership, Cases, Materials and Problems, Indianapolis 1974
Jaeger-Lent	Konkursordnung, Bd. I, Kommentar von Ernst Jaeger, bearbeitet von Friedrich Lent, 8. Aufl. Berlin 1958
James	Philip S. James: Introduction to English Law, 8. Aufl. London 1972

Janz	Robert Janz: Die Interessenwertung im Kommissionsrecht, Diss. Rostock 1933
Jhering	R. v. Jhering: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, JhJ Bd. 1 (1858) S. 273
Kaysers	Hans Henning Kaysers: Der Verwendungsersatzanspruch des Besitzers bei vertraglichen Leistungen, Bielefeld 1968
Kegel	Gerhard Kegel: Probleme der Aufrechnung, Gegenseitigkeit und Liquidität, Berlin 1938
Klein	Otto Klein: Der Strohmann im Privatrecht, Diss. Hamburg 1932
Kleinrahm	Hildegard Kleinrahm: Erwirbt der Kommittent analog zu § 392 Abs. 2 HGB auch relativ Eigentum? Diss. Köln 1957
Koenige	Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 4. Aufl. neu bearbeitet von R. Teichmann, W. Koehler, 1. Bd. §§ 1 bis 177, 335 bis 437 HGB, Berlin 1936
Köhler	Otto-Adolf Köhler: Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage? Mainz 1953

Kohler	Josef Kohler: Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Aufl. Stuttgart 1903
Korte	Klaus Korte: Die actual authority im Recht der agency Englands und der USA, Diss. Münster 1961
Kötz	Hein Kötz: Trust und Treuhand, Göttingen 1963
Krückmann	Krückmann: Schadensliquidation aus fremdem Interesse, JhJ Bd. 56 (1910) S. 245
Kunisch	Karl Kunisch: Die rechtliche Stellung des Fiducianten im Konkurse des Fiduciars, Diss. Halle a.S. 1931
Kupisch	Berthold Kupisch: Durchgangserwerb oder Direkterwerb? JZ 1976 S. 417
Laband	Paul Laband: Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZfHK Bd. 10 (1866) S. 183
Lammel	Siegbert Lammel: Die Haftung des Treuhänders aus Verwaltungsgeschäften, Frankfurt 1972
Lange-Köhler	Heinrich Lange und Helmut Köhler: BGB Allgemeiner Teil, 16. Aufl. München 1977

Langenbach	Wilhelm Langenbach: Grundzüge des Law of agency als der Lehre von der Geschäftsführung nach englischem Recht, Leipzig 1928
Larenz (Allgem. Teil)	Karl Larenz: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. München 1977
Larenz (Schuldrecht I)	Karl Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 11. Aufl. München 1976
Larenz (Methodenlehre)	Karl Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. Berlin 1979
Lehmann-Hübner	Heinrich Lehmann, Heinz Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. Berlin 1966
Leibholz-Rinck	Grundgesetz-Kommentar von G. Leibholz und H.J. Rinck, 4. Aufl. Köln 1971
Lent-Schwab	Friedrich Lent, Karl-Heinz Schwab: Sachenrecht, 16. Aufl. München 1977
Lewis	Wm. Draper Lewis: The Liability of the Undisclosed Principal in Contract, 9 Col. L.R. (1909) 116

Liebs	Rüdiger Liebs: Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975) S. 1
Lippmann	Artur Lippmann: Rechtsvergleichende Untersuchung über den Schutz des materiell Interessierten bei der mittelbaren Stellvertretung beim Kommissionsgeschäft, Diss. Tübingen 1950
Löwisch	Manfred Löwisch: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. München 1977
v. Lübtow	Ulrich v. Lübtow: Das Geschäft "für den es angeht" und sog. "antezipierte Besitzkonstitut", ZfHK 112 (1949) S. 240
Lüderitz	Alexander Lüderitz: Prinzipien des Vertretungsrechts, JuS 1976 S. 765
Lüke-Dorndorf	Gerhard Lüke, Eberhard Dorndorf: Der praktische Fall: Das kranke Kind, JuS 62 S. 30
Ludewig	Wilhelm Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922
Marwede	Jan Marwede: Rechtsnatur und Außenschutz des Trust und der Treuhand. Zugleich ein Beitrag zur Dinglichkeit und zum System subjektiver Privatrechte, Diss. Bonn 1972

Maunz-Dürig-Herzog-Scholz	Grundgesetz Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz, Bd. I, 4. Aufl. München 1974
McCarthy	Stuart McCarthy: Agency-Election of Third Party's Rights against Undisclosed Principal and Agent, 7 N.Y. L.Q. Rev. (1930) 957
Mechem	Floyd R. Mechem: The Liability of an Undisclosed Principal, 23 Harv. L.R. (1909/10) 513 ff, 590
Mechem	Floyd R. Mechem: Outlines of the Law of Agency 4. Aufl. Chikago 1952
Medicus	Dieter Medicus: Bürgerliches Recht, 8. Aufl. Köln 1978
Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck	Franz Mentzel, Georg Kuhn, Wilhelm Uhlenbruck: Konkursordnung Kommentar, 9. Aufl. München 1979
Merrill	Maurice H. Merrill: Election between Agent and Undisclosed Principal: Shall we Follow the Restatement? 12 Neb. L. Bull. (1933) 100
Merrill	Maurice H. Merrill: Agency 6 Neb. L. Bull. (1927) 135

Meyer	Karl Meyer: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl. von Joseph Bleyer München 1921
Montrose	J.L. Montrose: The Basis of the Power of an Agent in Cases of Actual and Apparent Authority, 16 Can. B.R. (1938) 757
Müller	E. Müller: Zur Reform der herrschenden Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, DJZ 1906 S. 164
Müller-Erzbach (mittelbare Stellvertretung)	Rudolf Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, Berlin 1905
Müller-Erzbach (Handelsrecht)	Rudolf Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl. 1928
Müller-Freienfels	Wolfram Müller-Freienfels: Die "Anomalie" der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) des englischen Rechts, Teil 1: RabelsZ 17 (1952) S. 578 Teil 2: RabelsZ 18 (1953) S. 12
Müller-Freienfels	Wolfram Müller-Freienfels: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Münchener Kommentar	Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 bis 240), AGB Gesetz, München 1978, zitiert nach Bearbeiter

Nebelsiek	Heinrich Nebelsiek: Die Haftung des Schuldners für den Schaden des beteiligten Dritten, Diss. Leipzig 1913
Neubecker	Neubecker: Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, GrünhZ Bd. 36 (1909) S. 31
Nußbaum	Arthur Nußbaum: Tatsachen und Begriffe im Deutschen Kommissionsrecht, Berlin 1917
Oertmann	Paul Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, I. Buch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. von Karl Gareis, Berlin 1908
Ohr	Günther Ohr: Zur Anerkennung der verdeckten Stellvertretung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, AcP 150 (1949) S. 525
Ohr	Günther Ohr: Das Handeln unter fremdem Namen für den, den es angeht, MDR 59 S. 89
Palandt	Otto Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl. München 1979 zitiert nach Bearbeiter

Peters	Frank Peters: Zur Rechtsfigur der Verpflichtungsermächtigung, AcP 171 (1971) S. 234
Petri	Petri: Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut, AcP Bd. 111 (1914) S. 359
Pisko	Oskar Pisko: Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechts. Ein Beitrag zur Lehre von der Analogie, Wien 1935
Planck	Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, hrsg. von Emil Strohal, 1. Bd. 4. Aufl. Berlin 1913,
Pollock	Pollock (ohne Titel) 3 L.Q.R. (1887) S. 359
Powell	Raphael Powell: The Law of Agency, 2. Aufl. London 1961
Radke	Werner Radke: Das Unmittelbarkeitsproblem bei der fiduziarischen Treuhand, Diss. Köln 1933

Raisch	Peter Raisch: Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht, JuS 67 S. 533
Regelsberger	Ferdinand Regelsberger: Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, JhJ 44 (1902) S. 393
Regelsberger	Ferdinand Regelsberger: Gesetz und Rechtsanwendung, JhJ 58 (1911) S. 146
Reinhardt- Erlinghagen	Rudolf Reinhardt, P. Erlinghagen: Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 62 S. 41
Restatement	Restatement of the Law Second Agency, Volume 1 1958 St. Paul, Minn., Volume 2 1958 St. Paul, Minn.,
Restatement	Restatement of the Law of Restitution Quasi Contracts and Constructive Trusts, St. Paul 1937
Reynolds	F.M.B. Reynolds: Personal Liability of an Agent, 85 L.Q.R. (1969) 92
Reynolds	F.M.B. Reynolds: Election Distributed, 86 L.Q.R. (1970) 318

Reynolds	F.M.B. Reynolds: Agency: Theory and Practice, 94 L.Q.R. (1978) 224
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band, 2. Teil (§§ 241 - 432) 11. Aufl. Berlin 1960
-	Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes 10. Lieferung (§§ 158 - 185) Bearbeiter: Erich Steffen 12. Aufl. Berlin 1974
-	Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band II, 1. Teil (§§ 241 - 413) 12. Aufl. Berlin 1976
-	Kommentar zum Handelsgesetzbuch Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts Fünfter Band (§§ 383 - 460) bearbeitet von Paul Ratz 2. Aufl. Berlin 1960

Riezler	Erwin Riezler: Anm. zu RG v. 27.2.1928, JW 28 S. 1653, in JW 28 S. 1653
Ritter	Karl Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. München 1932
Rodig	Hans-Georg Rodig: Die Schadensliquidation im Drittinteresse unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Diss. Jena 1930
Rosenau	Heinz Rosenau: Die rechtsgeschäftliche Treuhand in rechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, DB 1966, Beilage Nr. 18/66 zu Heft 49
Rühl	Helmut Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft (einschließlich des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung), Berlin 1930
Rümelin	Max Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 93 (1902) S. 131

Schlegelberger	Franz Schlegelberger: Kommentar zum HGB Bd. VI §§ 383 - 460, 5. Aufl., München 1977 Bd. III §§ 343 - 382, 4. Aufl., Berlin 1965, zitiert nach Bearbeiter
Schless	Robert Schless: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, Leipzig 1931
Schmidt-Rimpler	Walter Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5. Bd., I. Abt., 3. Abschn., 1. Hälfte, Leipzig 1928, S. 477
Schönke-Baur	Fritz Baur, Adolf Schönke: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl.Karlsruhe 1978
Schrader-Uhlenbruck	Siegfried Schrader, Wilhelm Uhlenbruck, Karl Delhaes: Konkurs- und Vergleichsverfahren, 4. Aufl. München 1977
Schreiber	Otto Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, JhJ Bd. 60 (1912) S.106

Schröder (Kauf und Übereignung)	Jochen Schröder: Kauf und Übereignung im neuen Zivilgesetzbuch der DDR, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, Bielefeld 1976, S. 875
Schröder (Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung)	Jochen Schröder: Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung beim Kunsthandel im deutschen und Schweizer Recht, in: Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel Frankfurt a.M. 1977
Schuler	Hans Schuler: Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung (Korreferat zu Reinhardt-Erlinghagen) JuS 62 S. 50
Schultz	Schultz: Anm. zu RG v. 13.10.1923, JW 24 S. 809 Nr. 17 in JW 24 S. 809
Schultze	Alfred Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, JhJ Bd. 43 (1901) S. 1
Schwarz	Theo Schwarz: § 392 Abs. 2 HGB als Aufrechnungshindernis, NJW 69, 1942

Sears	Kenneth C. Sears: Comment, 22 Ill. L. Rev. (1927) 181
Seavey	Warren A. Seavey: The Rationale of Agency, 29 Yale L.J. (1919/20) 859
Seavey (Studies)	Warren A. Seavey: Studies in Agency, 1949 St. Paul, Minn.
Seavey (Problems)	Warren A. Seavey: Ballantine Problems in Law, 4. Aufl. 1957 St. Paul, Minn.
Seder-Panetta	Paul A. Seder, Vincent J. Panetta: Agency - Undisclosed Principal - Kaufmann v. Sydeman 5 Boston U.L. Rev. (1925) 187
Serick	Rolf Serick: Besprechung von: Gerhard Walter - Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand, BB 75 S. 100
Serick	Rolf Serick: Probleme bei mehrfacher Abtretung künftiger Forderungen, BB 1960 S. 141
Serick (II)	Rolf Serick: Eigentumsvorbehalt und Sicherungs- übereignung, Band II Heidelberg 1965

Serick (IV)	Rolf Serick: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band IV Heidelberg 1976
Siebert	Wolfgang Siebert: Anm. zu RG v. 9.6.1931, JW 31 S. 3105 ff in JW 31 S. 3105
Siebert	Wolfgang Siebert: Das rechtliche Treuhandverhältnis, 2. Aufl. Marburg 1933
Soergel-Siebert	Theodor Soergel, Wolfgang Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar Bd. 1 Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240) 11. Aufl. Stuttgart 1978 Bd. 5 Sachenrecht (§§ 854 - 1296) 11. Aufl. Stuttgart 1978
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 4. Bd. (§§ 376 - 382) bearbeitet von Eduard Heinichen (§§ 376 - 382) und Wilhelm Gadow (§§ 383 - 473) 14. Aufl. Berlin 1933
Staudinger	J. v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240) 11. Aufl. Berlin 1957, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 c (§§ 249 - 327) 10./11. Aufl. Berlin 1967, Bd. 3, Sachenrecht, 1. Teil (§§ 854 - 1017) 11. Aufl. Berlin 1956, zitiert nach Bearbeiter

Staudinger-Firsching	J.v.Staudinger, Karl Firsching: Bd. Ib der Sonderausgabe aus Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10./11. Aufl., Berlin 1977, EGBGB, Teil 2a - 4, Internationales Schuldrecht I von Karl Firsching
Stecher	Karl Stecher: The Doctrine of Election as Applied to Undisclosed Principal and Agent, 7 Miss. L.J. (1935) 466
Steffen	Roscoe T. Steffen: Cases on Agency, 2. Aufl. St. Paul, Minn. 1952
Stoljahr	Samuel J. Stoljahr: Of American and English Case-Law of Contract. A Review Comment, 2 Sydney L.R. (1956) 98
Stoljahr	Samuel J. Stoljahr: The Law of Agency, London 1961

Thiele	Wolfgang Thiele: Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln 1966
Thomas	Jürgen Thomas: Die rechtsgeschäftliche Begründung von Treuhandverhältnissen, NJW 68 S. 1705
Treitel	G. H. Treitel: The Law of Contract, 4. Aufl. London 1975
v. Tuhr	Andreas v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band und II. Band 2. Hälfte,unveränderter Nachdruck der 1. Aufl. (1910/1918) Berlin 1957
Walter	Gerhard Walter: Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand, Diss. Tübingen 1974
Weckerle	Konrad Weckerle: Die Verwaltungstreuhand. Die Treugeberrechte bei Insolvenz des Treuhänders, Bern - Frankfurt 1971
Westermann	Harry Westermann: Sachenrecht, 5. Aufl. 1966 Karlsruhe 1969

Wienke	Gustav Wienke: Die Schadensliquidation aus fremdem Interesse nach Deutschem Bürgerlichen Rechte mit besonderer Berücksichtigung ihres historischen Werdegangs im Römischen und Gemeinen Rechte. Diss. Erlangen 1931
Williams	Glanville L. Williams: Mistake as to Party in the Law of Contract, 23 Can. B.R. (1945) 271 ff, 380
Williston	Samuel Williston: A Treatise on the Law of Contracts, Bd. II 3. Aufl. von Walter H.E. Jaeger, New York 1959
Wilshere	A. M. Wilshere: An Outline of the Law of Agency, London 1925
Wilson	J. F. Wilson: Principles of the Law of Contract, London 1957
Wolf (Sachenrecht)	Ernst Wolf: Lehrbuch des Sachenrechts, Köln 1971
Wolf (Allgem. Teil)	Ernst Wolf: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. Mülheim (Ruhr) 1976
Wolff-Raiser	Martin Wolff, Ludwig Raiser: Sachenrecht, 10. Bearb. Tübingen 1957

Würdinger	Hans Würdinger: Geschichte der Stellvertretung (agency) in England, Marburg 1933
Wüstendörfer	Hans Wüstendörfer: Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, AcP 110 (1913) S. 219
Zweigert-Kötz	Konrad Zweigert, Hein Kötz: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Bd. II: Institutionen Tübingen 1969

Notes and Comments

A Problem in Ratification
15 Harv. L.R. (1901/02) S. 221

Agency - Election between Undisclosed Principal and Agent,
24 Ind. L.J. (1949) 446

Agency, The Foreign Principal Presumption, Recent Developments in English Law,
35 Can. B.R. (1957) 336

Agency - Joinder of Agent and Undisclosed Principal in Suit for Breach of Contract,
22 Mich. L.R. (1924) 255

Agency - Liability of Agent and Undisclosed Principal-Election,
22 Col. L.R. (1922) 474

Agency - Ratification - Undisclosed Principal,
14 Harv. L.R. (1900/01) 152

Agency - Undisclosed Principal - Time of Election,
24 Mich. L. Rev. (1926) 298

Contracts - Identity of Parties,
21 Col. L.R. (1921) 484

Election of Remedies by Party Dealing with Agent of Undisclosed Principal,
39 Yale L.J. (1929) 265

Parol Evidence and Undisclosed Principals,
61 L.Q.R. (1945) 130

Parol Evidence and Undisclosed Principals,
62 L.Q.R. (1946) 20

The Prejudice and the Doctrine of the Undisclosed Principal,
44 Harv. L.R. (1930/31) 1271

Principal and Agent - Right of Undisclosed Principal to Sue on Contract for Sale of Land,
2 Tex. L.R. (1925) 379

Principal and Agent, Undisclosed Principal, Election of Recovery as between Principal and Agent,
18 Cal. L.R. (1930) 569

Ratification by an Undisclosed Principal,
1 Col L.R. (1901) 544

50 L.Q.R. (1934) 161

3 L.Q.R. (1887) 358

9 L.Q.R. (1893) 111

14 L.Q.R. (1898) 5

19 Harv. L.R. (1905/06) S. 296

10 Col. L.R. (1910) 763

33 Harv. L.R. (1920) 591

75 U. of Pa. L. Rev. (1927) 761

42 Harv. L.R. (1928/29) 685

6 Austr. L.J. (1932) 105

52 Harv. L.R. (1938/39) 1371

VERZEICHNIS DER ANGLO-AMERIKANISCHEN ENTSCHEIDUNGEN

Akwell Corp. v. Eiger
(1956) 141 F.Supp. 19

Albany u. Rensselaer Iron u. Steel Co. v. Lundberg
(1887) 30 L.ed. 982, 7 S.Ct. 958

Allen v. F. O'Hearn u. Co.
(1937) A.C. 213, (1936) 3 All E.R. 828

Allen v. Liston Lumber Co.
(1933) 281 Mass. 440, 183 N.E. 747

Anderson v. Sutherland
(1897) 13 T.L.R. 163 Q.B.

Anglo-African Shipping Co. of New York Inc. v. J. Mortner Ltd. (1962) 1 Ll. L.Rep. 610, C.A.

L'Apostre v. Le Plaistrier
(1708) 2 EQ. CA. ABR. 113, 22 E.R. 96

Archer v. Stone
(1898) 78 L.T. 34

Armstrong v. Stokes
(1872) L.R. 7 Q.B. 598

Atkinson v. Cotesworth
(1825) 3 B.u.C. 647, 107 E.R. 873

Atkyns v. Amber
(1796) 2 ESP. 493, 170 E.R. 431

Atlanta u. W.P.R. Co. v. Texas Grate Co.
(1889) 81 Ga. 602, 9 S.E. 600

Atlas S.S. Co. Ltd. v. Columbian Land Co.
(1900) 102 F. 358

Austin v. Chambers
(1837) 6 Cl.u.Fin. 1, 7 E.R. 598

Badger Silver Mining Co. v. Drake
(1898) 88 F. 48

Baldwin v. Garrett
(1900) 111 Ga. 876, 36 S.E. 966

Banjo v. Wacker
(1923) 251 S.W. 456

Banker v. Jarvis
(1903) 1 K.B. 549

Baring v. Corrie
(1818) 2 B.u.Ald. 137, 106 E.R. 317

Barnett Bros. v. Lynn
(1922) 118 Wash. 315, 203 Pac. 389

Baxter v. Sherman
(1893) 73 Minn. 434, 76 N.W. 211

Beacham v. Coe Mortimer Co.
(1923) 30 Ga.App. 456, 118 S.E. 441

Beighteil and Young v. Stewart
(1900) 16 T.L.R. 177

Bell v. Borders
(1924) 205 Ky. 181, 265 S.W. 514

Bell Grocery Co. v. Letts-Fletcher Co.
(1925) 211 Ky. 147, 277 S.W. 295

Berennan v. Huber
(1934) 171 A. 122

Berkeley v. Hardy
(1826) 5 B.u.C. 355, 108 E.R. 132

Birmingham Matinee Club v. McCarty
(1907) 152 Ala. 571, 44 So. 642

Blackwell v. Kercheval
(1916) 29 Ida. 473, 160 Pac. 741

Bonnell v. Briggs
(1866) 45 Barb. 470

Borris v. Imperial Ottoman Bank
(1873) L.R. 9 C.P. 38

Boston Ice Co. v. Potter
(1877) 123 Mass. 28, 30

Branch u. Co. v. Riverside u. Dan. River Cotton Mills
(1927) 137 S.E. 614

Brookfield v. Neely
(1931) 133 So. 529

Browning v. Prov. Ins. Co. of Canada
(1873) L.R. 5 P.C. 263

Buchanan v. Cleveland Lindseed-Oil
(1898) 91 F. 88

Burdett v. Willett
(1708) 2 Vern. 638, 23 E.R. 1017

Burdick v. Garrick
(1870) 5 Ch. App. 233

Byington v. Simpson
(1883) 134 Mass. 169

Calder v. Dobell
(1871) L.R. 6 C.P. 486

Camp v. Barber
(1913) 87 Vt. 235, 88 A. 812

Chalik v. Landy
(1945) 28 Del. Ch. 287, 42 A.2d 16

Chattock v. Muller
(1876) 8 Ch. D. 177

Cheel Constr., Co. v. Lubben
(1954) 30 N.J. Super 148, 103 A.2d 610

Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co., Ltd. v. Hawkins (1865) 3 H.u.C. 677, 159 E.R. 698

Clarke v. John Courtney
(1831) 8 L.ed. 140

Clarkson Booker v. Andjel
(1964) 2 Q.B. 775

Coates v. Lewes
(1808) 1 Camp. 444, 170 E.R. 1015

Codd Co. v. Parker
(1903) 97 Md. 319, 55 A. 623

Cole v. Hunter Tract Improvement Co.
(1910) 61 Wash. 365, 112 Pac. 368

Collins v. Associated Greyhound Racecourses, Ltd.
(1930) 1 Ch. 1,C.A.

Congregation of St. Augustin Roman Catholic Church of Minster v. Metropolitan Bank of Lima
(1936) 32 N.E.2d 518

Cooke v. Eshelby
(1887) 12 A.C. 271,H.L.

Cooke v. Wilson
(1856) 1 C.B.N.S. 153, 140 E.R. 65

Cowan v. Curran
(1905) 216 Ill. 598, 75 N.E. 322

Crowder v.Yovovich
(1917) 84 Or. 41, 164 Pac. 576

Curlewis v. Birkluck
(1863) F.u.F. 894, 176 E.R. 406

Curtis v. Williamson
(1874) L.R. 10 Q.B. 57, 31 L.T. 678

Daggett v. Champlain Mfg. Co.
(1899) 71 VA. 370, 45 A. 755

Danziger v. Thompson
(1944) K.B. 654, 2 All E.R. 151

Dark Tobacco Growers Co-op Association v. Garth
(1927) 218 Ky. 391, 291 S.W. 367

Darrow v. N.R. Horne Produce Co.
(1893) 57 F. 463

Davis v. Newell Co.
(1924) 206 Ky. 121, 266 S.W. 1061

Davison v. Donaldson
(1882) 9 Q.B. 623

Diacomis v. Wright
(1929) 20 S.W.2d 139

Dietrich v. United States Shipping Board E.F.Corp.
(1925) 9 F.2d 733

Donner v. Whitecotton
(1919) 201 Mo.App. 433, 212 S.W. 378

Doucette v. Baldwin
(1907) 194 Mass. 131, 80 N.E. 444

Drakeford v. Piercy
(1866) 14 L.T. 403

Dramburg v. Pollitzer
(1873) 28 L.T. 470

Dresser v. Norwood
(1864) 17 C.B.N.S. 467, 144 E.R. 188, 145 E.R. 570

Drinkwater v. Goodwin
(1775) 1 Cowp. 251, 98 E.R. 1070

Duerr v. Sloan
(1919) 40 Cal.App. 653, 181 Pac. 407

Dunlop Pneumatik Tyre Co., Ltd. v. Selfridge u.Co. Ltd.
(1915) A.C. 847

Dyster v. Randall
(1926) 1 Ch. 932

Eastern Construction Co. Ltd. v. National Trust Co. Ltd.
und Schmidt (1914) A.C. 197

Eastman v. Harry
(1875) 33 L.T. 800

Eckstein v. Caldwell
(1938) 200 A. 434, 119 A.L.R. 1311

Elbinger v. Claye
(1873) L.R. 8 Q.B. 313

Eldridge v. Finnegar
(1909) 25 Okla. 28, 105 Pac. 334

Eldridge v. Mowry
(1914) 24 Cal.App. 183, 140 Pac. 978

Elliott v. Brady
(1908) 192 N.Y. 221, 85 N.E. 69

Elwell v. Shaw
(1819) 16 Mass. 42

Epps v. Rothnie
(1946) 1 All E.R. 146

Ewing v. Hayward
(1920) 50 Cal.App. 708, 195 Pac. 970

Ex parte Pitt
(1923) 40 T.L.R. 5, C.A.

Falkefjell, The v. Arnold Bernstein Shipping Co.
(1955) 223 F.2d 820

Fay v. Doyle
(1938) 95 F.2d 110

Ferris v. Snow
(1902) 130 Mich. 254, 90 N.W. 850

Finzel, Berry u. Co. v. Eastcheap Dried Fruit Co.
(1962) 1 Ll. L. Rep. 370

Fish v. Kempton
(1849) 7 C.B. 687, 137 E.R. 272

Fish v. Wood
(1855) 4 E.D. Smith 327

Ford v. Williams
(1858) 21 How. 287, 16 L.ed. 36

Foreign Trade Banking Corp. v. Geseta Corp.
(1923) 237 N.Y. 265, 142 N.E. 607

Formby Brothers v. Formby
(1910) 102 L.T. 116

Fradley v. Hyland
(1888) 37 F. 49

Franklin Fire Ins. Co. v. Shadid
(1934) 68 S.W.2d 1030

Frazey v. Casey
(1917) 96 Wash. 422, 165 Pac. 104

Frazier v. Poindexter
(1906) 78 Ark. 241, 95 S.W. 464

Fred. Drughorn, Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic (1919) A.C. 203,H.L.

Frederic Raff Co. v. Goeben
(1932) 116 Conn. 83, 163 A. 462

Freeman and Lockyer v. Buckhurst Park Properties
(1964) 2 Q.B. 480

Garbark v. Newman
(1952) 155 Neb. 188, 51 N.W.2d 315

Gardiner v. Davis
(1825) 2 Car.u.P. 49, 172 E.R. 23

Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure and Fairclough Ltd.
(1966) 1 Q.B. 650

Gavin v. Durden Coleman Lumber Co.
(1918) 229 Mass. 576, 118 N.E. 897

George v. Clagett
(1797) 7 T.R. 359, 101 E.R. 1019

Georgi v. Texas Co.
(1919) 225 N.Y. 410, 122 N.E. 238

Gloede v. Socha
(1929) 199 Wis. 503, 226 N.W. 950

Goldstein v. Commonwealth Trust Co.
(1952) 19 N.J. Super 39, 87 A.2d 555

Gordon v. Andrews
(1928) 2 S.W.2d 809

Great Eastern Railway Co. v. Turner
(1872) 8 Ch.App. 149

Greenburg v. Palmieri
(1904) 71 N.J.L. 83, 58 A. 297

Greene v. Goluche
(1947) 202 Ga. 494, 43 S.E.2d 497

Greer v. Downs Supply Co.
(1927) 2 K.B. 28

Grice v. Kenrick
(1870) L.R. 5 Q.B. 340

Gulf Refining Co. v. Travis
(1947) 201 Miss. 336, 30 So.2d 398

Gurrat v. Cullum
(1710) Bull. N.P. 42; wiedergegeben in: Scott v. Surman (1742) Willes, 400 (405f), 125 E.R. 1235 (1238)

Gwin v. Tusa
(1927) 162 La. 949, 111 So. 339

Hammond v. Schofield
(1891) 1 Q.B. 453

Harder v. Continental Printing u. Playing Card Co.
(1909) 117 N.Y.S. 1001

Harmer v. Armstrong
(1934) 1 Ch. 65, C.A.

Harris v. McKay
(1924) 138 Va. 448, 122 S.E. 137,32 A.L.R. 156

Harris v. Truman
(1882) 9 Q.B. 264

Hatley Mfg. Co. v. Smith
(1929) 154 Miss. 846, 123 So. 887

Hawkins v. Windhorst
(1912) 87 Kan. 176, 123 Pac. 761

Hayward v. Longmaid
(1902) 181 Mass. 426, 63 N.E. 747

Heald v. Kenworthy
(1855) 10 Exch. 739, 156 E.R. 638

Heart of America Lumber Co. v. Belove
(1940) 111 F.2d 535

Henry v. Hammond
(1913) 2 K.B. 515

Hern v. Nichols
(1701) Holt K.B. 462, Salkeld 289, 91 E.R. 256

Higgins v. Senior
(1841) 8 M.u.W. 834, 151 E.R. 1278

Hixon v. Starr
(1922) 242 Mass. 371, 136 N.E. 186

Holden v. Rutland Co.
(1901) 73 Vt. 317, 50 A. 1096

Hollingsworth v. Georgia Fruit Growers
(1938) 185 Ga. 873, 196 S.E. 766

Holmes v. Tutton
(1855) 5 El.u.Bl. 65, 119 E.R. 405

Holt and Moseley (London) Ltd. v. Cunningham u. Partners
(1949) 83 Ll. L. Rep. 141

Hospelhorn v. Poe
(1938) 174 Md. 242, 198 A. 582, 118 A.L.R. 682

Houghton u. Co. v. Hundley
(1916) 59 Okla. 126, 157 Pac. 112

Houghton v. Matthews
(1803) 3 Bos.u.Pul. 485, 127 E.R. 263

Humble v. Hunter
(1848) 12 Q.B. 310, 116 E.R. 885

Humphrey v. Bussey
(1930) 99 Fla. 1249, 128 So. 841

Humphrey v. Lucas
(1845) 2 Car. u. K. 152, 175 E.R. 64

Huntsman, The
(1894) 70 L.T. 386

Hyde v. Wolf
(1832) 4 La. 234, 23 Am.Dec. 484

Irvin v. Watson
(1880) 5 Q.B. 414

Isberg v. Bowden
(1853) 8 Exch. 852, 155 E.R. 1599

Jones v. Hope
(1880) 3 T.L.R. 247

Joseph v. Knox
(1813) 3 Camp. 321, 170 E.R. 1357

Joseph Denunzio Fruit Co. v. Crane
(1948) 79 F.Supp. 117

Joseph Melnick Bldg. u. Loan Association v. Melnick
(1949) 361 Pa. 328, 64 A.2d 773

Kaltenbach v. Lewis
(1885) 10 A.C. 617, H.L.

Kaufman v. Sydeman
(1925) 251 Mass. 210, 146 N.E. 365

Kayton v. Barnett
(1889) 116 N.Y. 625, 23 N.E. 24

Keighley v. Durant
(1901) A.C. 240, H.L.; Vorinstanz: (1900) 1 Q.B. 629

Kelly v. Thuey
(1898) 143 Mo. 422, 45 S.W. 300 (Vorinstanz:
(1897) 102 Mo. 522, 15 S.W. 62)

Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co.
(1914) 211 N.Y. 68, 105 N.E. 88

Kelly Clarke Co. v. Leslie
(1923) 61 Cal.App. 559, 215 Pac. 699

Kemper v. Dillard
(1907) 100 Tex. 505, 101 S.W. 437

Kendall v. Hamilton
(1879) 4 A.C. 504

Kiersted v. The Orange u. A.R. Co.
(1877) 69 N.Y. 343

Killick v. Price
(1896) 12 T.L.R. 263

King v. Hoare
(1849) 13 M.u.W. 494, 155 E.R. 206

Kingsley v. Davis
(1870) 104 Mass. 178

Kirschbon v. Bonzel
(1886) 67 Wis. 178, 29 N.W. 907

Klinger v. Modesto Fruit Co.
(1930) 107 Cal.App. 97, 290 Pac. 127

Knapp v. Baldwin
(1931) 213 Ia. 24, 238 N.W. 542

Kymer v. Suwercropp
(1807) 1 Camp. 109, 170 E.R. 894

Laing v. Butler
(1885) 37 Hun. 144

Lears v. Cella
(1916) 186 S.W. 1150

Lees v. Nuttall
(1829) Tamlyn 282, 48 E.R. 112;
(1834)2 My.u.K. 284, 819, 39 E.R. 952, 1157

Lindquist v. Dickson
(1906) 98 Minn. 369, 107 N.W. 958, 6 LRA, NS 729,
8 Ann. Cas. 1024

Lloyds and Scottish Finance, Ltd. v. Williamson
(1965) 1 All E.R. 641, (1965) 1 W.L.R. 404

London General Omnibus Co.Ltd. v. Pope
(1922) 38 T.L.R. 270

Love v. St. Joseph Stock Yards Co.
(1917) 51 Utah 305, 169 Pac. 951

Lucas v. De la Cour
(1813) 1 M.u.S. 249, 105 E.R. 93

Lull v. Anamosa Nat. Bank
(1900) 110 Ia. 537; 81 N.W. 784

Lyell v. Kennedy
(1889) 14 A.C. 437

MacClure v. Schemeil
(1871) 20 W.R. 168

Macfarlane v. Giannacopulo
(1858) 3 H.u.N. 860, 157 E.R. 716

Manchester Supply Co. v. Deaborn
(1940) 90 N.H. 447, 10 A.2d 658

Manley v. Berkett
(1912) 2 K.B. 329

Marks v. Kindel
(1930) 41 F.2d 584

Marr v. Postal Union Life
(1940) 105 Pac.2d 649

McDevitt v. Chas. Corriea u. Bros.
(1925) 70 Cal.App. 245, 233 Pac. 381

Mildred Goyeneche u.Co. v. Maspons Y Hermano
(1883) 8 A.C. 874, H.L.

Miles v. Foy
(1928) 38 Ga.App. 473, 144 S.E. 802

Miller v. Lea
(1871) 35 Md. 396, 6 Am.Rep. 417

Miller v. Ziedrich
(1953) 199 Or. 505, 263 Pac.2d 611

Miller, Gibb u.Co. v. Smith u. Tyrer, Ltd.
(1917) 2 K.B. 141

Mississippi Valley Constr. Co. v. Chas. T. Abeles u. Co.
(1908) 87 Ark. 374, 112 S.W. 894

Mitchell v. Minnesota Fire Ass'n
(1892) 48 Minn. 278, 51 N.W. 608

Montagu v. Forwood
(1893) 2 Q.B. 350, C.A.

Montague Mailing Machinery Co. v. All-Package Grocery Stores Co. (1918) 182 App.Div. 500, 169 N.Y.S. 920

Moore v. Flanagan
(1920) 1 K.B. 919

Moore v. Vulcanite Portland Cement Co.
(1907) 106 N.Y.S. 393

Moron v. Tuttle
(1930) 211 Ia. 584, 233 N.W. 691

Mounds v. Boardman Co.
(1920) 79 Okla. 90, 191 Pac. 362

Muller v. Pondir
(1873) 55 N.Y. 325

Murphy v. Hutchinson
(1909) 93 Miss. 643, 48 So. 178

Murphy et Ux. v. Rae
N.Z.L.R. 1967, S. 103

Nance, Inc. v. Winebarger
(1949) 32 Tenn.App. 229, 222 S.W.2d 239

Nash v. Dix
(1898) 78 L.T. 445

Nelson v. Powell
(1784) 3 Doug. 410, 99 E.R. 723

New England Dredging Co. v. Rockport Granite Co.
(1889) 149 Mass. 381, 21 N.E. 947

New York Brokerage Co. v. Wharton
(1909) 143 Ia. 61, 119 N.W. 969

New York u. Charleston Steam-Ship Co. v. Harbison
(1883) 16 F. 688

Norfolk v. Worthy
(1808) 1 Camp. 336, 170 E.R. 977

O/Y Wasa Steamship Co., Ltd. and N.V. Stoomship
"Hannah" v. Newspaper Pulp and Wood Export, Ltd.
(1949) 82 Ll. L.R. 936

Old Ben Coal Co. v. Universal Coal Co.
(1929) 248 Mich. 486, 227 N.W. 794

Oliver Ref. Co. v. Portsmouth Cotton Oil Ref. Corp.
(1909) 109 Va. 513, 64 S.E. 56

One Steamship Corp. v. Hassel
(1943) 137 F.2d 326

Pallant v. Morgan
(1953) Ch. 43

Pancoast v. Dinsmore
(1909) 105 Me. 471, 75 A. 43

Paterson v. Gandasequi
(1812) 15 East, 62, 104 E.R. 768

Pearson v. Scott
(1878) 9 Ch.D. 199

Pennsylvania Co. for Insurances on Lives u. Granting Annuities v. Clark (1941) 340 Pa. 433, 18 A.2d 807

Phillips v. Roaker
(1916) 134 Tenn. 457, 184 S.W. 12

Pierce v. Johnson
(1867) 34 Conn. 274, zit. nach Ferson, § 156

Pinkham Lumber Co. v. Griffin u. Co.
(1925) 212 Ala. 341, 102 So. 689

Pittsburgh Terminal Coal Corp. v. Bennett
(1934) 73 F.2d 387

Plains State Bank v. Ellis
(1953) 174 Kan. 653, 258 Pac.2d 313

Pope v. Landy
(1938) 39 Del. 437, 1 A.2d 589

Pople v. Evans
(1969) 2 Ch. 255

Poretta v. Superior Dowel Co.
(1957) 137 A.2d 361

Pratt v. Hopper
(1936) 55 Pac.2d 517

Priestly v. Fernie
(1865) 3 H.u.C. 977, 159 E.R. 820

Prosper v. Smith
(1923) 67 Mont. 308, 215 Pac. 649

Pullen v. Dale
(1940) 109 F.2d 538

Rabone v. Williams
(1785) 7 T.R. 360, 101 E.R. 1020 Fn.a

Railton v. Hodgson
(1804) 128 E.R. 456 Fn.a

Ramazotti v. Bowring
(1859) 7 C.B.N.S. 851, 141 E.R. 1050

Randolph v. General Investors' Co.
(1925) 128 A. 156

Re International Contract Co. Pickering's Claim
(1871) L.R. 6 Ch.App. 525

Re Southampton, Isle of Wight and Portsmouth Improved Steam Boat Co. Ltd., Bird's Case
(1864) 46 E.R. 894

Rederi Aktienbolaget Transatlantic v. Fred. Drughorn, Ltd. (1918) 1 K.B. 394; (1919) A.C. 203, H.L.

Rederiaktiebolaget v. Hani
(1918) 2 K.B. 247

Rhoades v. Blackiston
(1871) 106 Mass. 334, 8 Am.Rep. 332

Ritch v. Robertson
(1914) 39 Conn. 459, 106 A. 509

Robinson v. Read
(1829) 9 B.u.C. 449, 109 E.R. 167

Robinson v. Rutter
(1855) 4 El.u.Bl. 954, 119 E.R. 355

Robson v. Charretier
(1799) 99 E.R. 723

Rolls Razor Ltd. v. Cox
(1967) 1 Q.B. 578

Rowan v. Buttman
(1865) 1 Daly 412

Royat v. Roberts
(1952) 110 Cal.App.2d 814, 243 Pac.2d 879

Rusholme u. Bolton u. Roberts Hadfield Ltd. v. S.G. Read u. Co. (London) Ltd.
(1955) 1 W.L.R. 146; (1955) 1 All E.R. 180

Saco Dairy Co. v. Norton
(1947) 140 Me. 204, 35 A.2d 857

Sadler v. Leigh
(1815) 4 Camp. 195, 171 E.R. 63

Said v. Butt
(1920) 3 K.B. 497

Salopek v. Logan
(1923) 256 S.W. 299

Sargent v. Morris
(1820) 3 B.u.Ald. 277, 106 E.R. 665

Saunderson v. Griffiths
(1826) 5 B.u.C. 909, 108 E.R. 338

Saxon v. Blake
(1861) 29 Beav. 438, 54 E.R. 697

Scarf v. Jardine
(1882) 7 A.C. 345

Schack v. Anthony
(1813) 1 M.u.S. 573, 105 E.R. 214

Scott v. Surman
(1742) Willes 400, 125 E.R. 1235

Scrimshire v. Alderton
(1743) 2 Strange, 1182, 93 E.R. 1114

Seignior and Wolmer's Case
(1623) Godb. 360, 78 E.R. 212

Senor v. Bangor Mills, Inc.
(1954) 211 F.2d 685

Semenza v. Brinsley
(1865) 18 C.B.N.S. 467, 144 E.R. 526

Sheehan v. Hadman
(1932) 49 S.W.2d 953

Shields v. Coyne
(1910) 148 Ia. 313, 127 N.W. 63

Short v. Spackman
(1831) 2 B.u.Ald. 962, 109 E.R. 1400

Siess v. Anderson
(1911) 159 Mo.App. 656, 139 S.W. 1178

Sims v. Bond
(1833) 5 B.u.AD. 389, 110 E.R. 834

Sladovich v. Glaser
(1922) 150 La. 918, 91 So. 297

Slater v. Berlin
(1953) 94 A.2d 38

Smethurst v. Mitchell
(1859) 1 El.u.El. 622, 120 E.R. 1043

Smyth v. Anderson
(1849) 7 C.B. 21, 137 E.R. 9

Speer v. Campbell
(1932) 167 Wash. 544, 9 Pac.2d 1100

Standard Brick u. Tile Co. v. Posey
(1937) 193 S.E. 613

Steele-Smith Grocery Co. v. Potthast
(1899) 109 Ia. 413, 80 N.W. 517

Stevans v. Biller
(1883) 25 Ch.D. 31

Streeter, Jr. Co. v. Janu
(1903) 90 Minn. 393, 96 N.W. 1128

Sullivan v. Shailor
(1898) 70 Conn. 733, 40 A. 1054

Sydney v. Mugford Printing u. Engraving Co.
(1914) 214 F. 841

Syriani v. Gebhart
(1952) 195 Md. 69, 72 A.2d 766

Teheran-Europe Co., Ltd. v. S.T. Belton (Tractors) Ltd.
(1968) 2 Q.B. 545

Thomson v. Davenport
(1829) 9 B.u.C. 78, 109 E.R. 30

Toll v. Pioneer Sample Book Co.
(1953) 373 Pa. 127, 94 A.2d 764

Torrington v. Lowe
(1868) L.R. 4 C.P. 26

Turner v. Thomas
(1871) L.R. 6 C.P. 610

Union Trust Co. of Maryland v. Rodeman
(1936) 22 Wis. 453, 264 N.W. 508

United Australia, Ltd. v. Barclays Bank Ltd.
(1941) A.C. 1

United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association
v. Nevill (1887) 19 Q.B. 110

United States, to Use and Benefit of Electric Storage
Battery Co., v. Boat Harbor Marine By. Co.
(1932) 58 F.2d 366

Valaske v. Wirtz
(1939) 106 F.2d 450

Van Dyke v. Van Dyke
(1905) 123 Ga. 686, 51 S.E. 582

Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York (1933) A.C. 70 P.C.

Walton v. Davis
(1913) 22 Cal.App. 456, 134 Pac. 795

Waring v. Favenck
(1807) 1 Camp. 85, 170 E.R. 886

Watertown Steam-Engine Co. v. Palmer Bros.
(1890) 84 Ga. 368, 10 S.E. 969

Watteau v. Fenwick
(1893) 1 Q.B. 346

Western Publishing House v. District Tp. of Rock
(1891) 84 Ia. 101, 50 N.W. 551

Western U. Tel. Co. v. Hicks
(1916) 197 Ala. 81, 72 So. 356

White Tower Management Corp. v. Taglino
(1939) 302 Mass. 453, 19 N.E.2d 700

Whitecomb v. Jacob
(1709) 1 Salked, 160, 91 E.R. 149

Winchester v. Howard
(1867) 97 Mass. 303

Wloczewski v. Kozlowski
(1947) 395 Ill. 402, 70 N.E.2d 560

Wooley v. Loose
(1920) 57 Utah 336, 194 Pac. 908

Wysakowska v. Polish-American Building u. Loan Association (1921) 115 A. 438

Young v. White
(1911) 28 T.L.R. 87

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

A. ..... Atlantic Reporter
A.2d ..... Atlantic Reporter, Second Series
a.A. ..... anderer Ansicht
a.a.O. ..... am angegebenen Ort
Abs. ..... Absatz
A.C. ..... House of Lords and Privy Council Appeal Cases
AcP ..... Archiv für die zivilistische Praxis
ADHGB ..... Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E. ..... am Ende
a.F. ..... alte Fassung
AG ..... Amtsgericht
AktG ..... Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien
Ala. ..... Alabama Reports
All E.R. ..... The All England Reports
A.L.R. ..... American Law Reports, Annotated

Am.Dec. ..... The American Decisions
Am.Jur.2d ..... American Jurisprudence, Second Series
Am.Rep. ..... The American Reports
Anm. ..... Anmerkung
Ann.Cas. ..... The American and English annotated cases
App.Div. ..... Appelate Division Reports
Ark. ..... Arkansas Reports
Art. ..... Artikel
Aufl. ..... Auflage
Austr. L.J. .... The Australian Law Journal

Barb. ..... Barbour's Supreme Court Reports (New York)
BB ..... Der Betriebsberater
Bd. ..... Band
Bearb. ..... Bearbeitung
Beav. ..... Beavan's Reports
Beilg. ..... Beilage
Beschl. ..... Beschluß
Bespr. ..... Besprechung
BGB ..... Bürgerliches Gesetzbuch
BGH ..... Bundesgerichtshof
BGHZ ..... Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Boston U.L.Rev. . Boston University Law Review
Bos.u.Pul. ..... Bosanquet u. Puller's Reports
B.u.AD. ..... Barnewall u. Adolphus Reports
B.u.Ald. ..... Barnewall and Alderson's Reports

B.u.C. ..... Barnewall and Cresswell's Reports
Bull.N.P. ..... Buller's Law of Nisi Prius
B.u.S. ..... Best and Smith's Reports
BVerfG ..... Bundesverfassungsgericht
BVerfGE ..... Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
bzw. ..... beziehungsweise
C.A. ..... Court of Appeal
Cal.App. ..... California Appelate Reports
Cal.App.2d ..... California Appelate Reports, Second Series
Cal. L.R. ..... California Law Review
Cam. L.J. ..... Cambridge Law Journal
Camp. ..... Campbell's Reports
Can.B.R. ..... The Canadian Bar Review

Car.u.K. ..... Carrington and Kirwan's Reports
Car.u.P. ..... Carrington and Payne's Reports
C.B. ..... Common Bench Reports
C.B.N.S. ..... Common Bench Reports, New Series
Ch. ..... Chancery Division (ab 1891)
Ch.D. ..... Law Reports, Chancery Division (1875-1890)
Chap. ..... Chapter
Ch.App. ..... Law Reports, Chancery Appeals
c.i.c. ..... culpa in contrahendo
Cl.u.Fin. ..... Clark u. Finnelly's Reports, House of Lords
Co. ..... Company
Col. L.R. ..... Columbia Law Review
Com. ..... Comment
Conn. ..... Connecticut Reports
Corp. ..... Corporation
Cowp. ..... Cowper's Reports
C.P. ..... Court of Common Pleas
Daly ..... Daly's Reports (New York)
DB ..... Der Betrieb
DDR ..... Deutsche Demokratische Republik
Del. ..... Delaware Reports
Del.Ch. ..... Delaware Chancery Reports
ders. ..... derselbe
d.h. ..... das heißt
Diss. ..... Dissertation
DJT ..... Deutscher Juristentag
DJZ ..... Deutsche Juristen-Zeitung
Doug. ..... Douglas Reports
dt. ..... deutsch
East ..... East's Reports

E.D. Smith ..... E.D. Smith's New York Common Pleas Reports

EGBGB ..... Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch

Einf. ..... Einführung

Einl. ..... Einleitung

El.u.Bl. ..... Ellis and Blackburn's Reports

El.u.El. ..... Ellis and Ellis' Reports

EQ.CA.ABR. ..... Eq. Cases Abridged

E.R. ..... English Reports

ErbbauVO ..... Erbbaurechtsverordnung

Erl. ..... Erläuterung

Esp. ..... Espinasse's Reports

Exch. ..... Exchequer Reports Welsby, Hurlstone and Gordon

F. ..... Federal Reporter

F.2d ..... Federal Reporter, Second Series

ff ..... folgende

Fla. ..... Florida Reports

Fn. ..... Fußnote

F.Supp. ..... Federal Supplement

F.u.F. ..... Foster and Finlason's Reports

Ga. ..... Georgia Reports

Ga.App. ..... Georgia Appeal Reports

gem. ..... gemäß

Geo. ..... Georg

GG ..... Grundgesetz

Godb. ..... Godbolt's Reports

Gruchot ..... Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot

GrünhZ ..... Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut

Harv. L.R. ..... Harvard Law Review
H.B. ..... Hudson u. Brooke's Irish King's Bench Reports
HGB ..... Handelsgesetzbuch
H.L. ..... House of Lords
h.M. ..... herrschende Meinung
H.u.C. ..... Hurlstone and Collman's Reports
H.u.N. ..... Hurlstone und Norman's Reports
Holt K.B. ..... Holts Reports, Kings Bench
How ..... Howard (United States Supreme Court Reports)
hrsg. ..... herausgegeben
Hun. ..... Hun's New York Supreme Court Reports
Ia. ..... Iowa Reports
Ida. ..... Idaho Reports
i.d.R. ..... in der Regel
Ill. ..... Illinois Reports
Ill. L.Rev. .... Illinois Law Review
Illust. ..... Illustration
Ind. L.J. ..... Indiana Law Journal
i.S. ..... im Sinne
i.V. ..... in Verbindung
JhJ ..... Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuS ..... Juristische Schulung
JW ..... Juristische Wochenschrift
JZ ..... Juristenzeitung
Kan. ..... Kansas Reports
K.B. ..... King's Bench Division
KO ..... Konkursordnung
KTS ..... Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen

Ky. ..... Kentucky Reports
La. ..... Louisiana Reports
L.ed. ..... Lawyer's edition
LG ..... Landgericht
L.J. ..... Law Journal
Ll. L.Rep. ..... Lloyds Law Reports
LM ..... Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
L.Q.R. ..... Law Quarterly Review
L.R. ..... Law Reports
LRA, NS ..... The Lawyers' Reports Annotated, New Series
l.Sp. ..... linke Spalte
L.T. ..... The Law Times Reports
Ltd. ..... Limited
LZ ..... Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
Mass. ..... Massachusetts Reports
Md. ..... Maryland Reports
MDR ..... Monatsschrift für Deutsches Recht
Me. ..... Maine Reports
Mich. ..... Michigan Reports
Mich. L.R. ..... Michigan Law Review
Minn. ..... Minnesota Reports
Minn. L.Rev. .... Minnesota Law Review
Miss. ..... Mississippi Reports
Miss. L.J. ..... Mississippi Law Journal
M.L.R. ..... Modern Law Review
Mo. ..... Missouri Reports
Mo.App. ..... Missouri Appeal Reports

Mont.	Montana Reports
Mot.	Motive
MünchKomm	Münchener Kommentar
M.u.S.	Maule and Selwyn's Reports
M.u.W.	Meeson and Welsby's Reports
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
My.u.K.	Mylne u. Keen's Reports
N.E.	North Eastern Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series
Neb.	Nebraska Reports
Neb. L.Bull.	Nebraska Law Bulletin
N.H.	New Hampshire Reports
Nied.Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
N.J.L.	New Jersey Law Reports
N.J.Super	New Jersey Superior Court Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
N.W.	North Western Reporter
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series
N.Y.	Reports of Cases decided in the court of Appeals of the State of New York
N.Y. Civ.Prac.Act	New York Civil Practice Act
N.Y. L.Q. Rev. ...	New York University Law Quarterly Review
N.Y.S.	New York Supplement
N.Z.L.R.	The New Zealand Law Reports
OHG	Offene Handelsgesellschaft
Okla.	Oklahoma Reports
OLG	Oberlandesgericht
OR	(schweizerisches) Obligationenrecht
Or.	Oregon Reports
Pa.	Pennsylvania State Reports
Pac.	Pacific Reporter

Pac.2d	Pacific Reporter, Second Series
P.C.	Privy Council
Prot.	Protokolle
Q.B.	Queen's Bench Division
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rdn.	Randnummer
Rdz.	Randziffer (n)
Recht	Das Recht
Rest.	Restatement
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar herausgegeben von (Reichsgerichtsräten und) Bundesrichtern
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG Warn Rspr. ...	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Zivilrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RM	Reichsmark
RMG	Reichsmilitärgericht, Entscheidungen des Reichsmilitärgerichtshofes
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
r.Sp.	rechte Spalte
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
sächs. Ann.	Sächsische Annalen
Salkeld	Salkeld's Reports
S.C.	Session Cases
Sch.u.Lef.	Schoales u. Brooke's Iris King's Bench Reports
S.Ct.	Supreme Court Reporter

S.E. ..... South Eastern Reporter
S.E.2d ..... South Eastern Reporter, Second Series
Sec. ..... Section

SeuffA ..... Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
So. ..... Southern Reporter
So.2d ..... Southern Reporter, Second Series
s.o. ..... siehe oben
sog. ..... sogenannte (r,n)
Strange ..... Strange Reports
s.u. ..... siehe unten
S.W. ..... South Western Reporter
S.W.2d ..... South Western Reporter, Second Series
Tamlyn ..... Tamlyn Reports
Tenn. ..... Tennessee Reports
Tenn.App. ..... Tennessee Appeals
Tex. ..... Texas Reports
Tex. L.R. ..... Texas Law Reports
T.L.R. ..... The Times Law Reports
T.R. ..... Term Reports
u.a. ..... unter anderem
U.Cin. L.R. ..... University of Cincinnati Law Review
U. of Pa.L.Rev. .. University of Pennsylvania Law Review
USA ..... United States of America
u.s.w. ..... und so weiter
Utah ..... Utah Reports
U. Toronto L.J. .. The University of Toronto Law Journal
Va. ..... Virginia Reports
Vern. ..... Vernon's Reports

VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	vergleiche
Vhdl.	Verhandlungen
Vorb.	Vorbemerkung
Vt.	Vermont Reports
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
Wash.	Washington Reports
Willes	Willes Reports
Wis.	Wisconsin Reports
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen
W.R.	Weekly Reporter
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZfHK	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (heute: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht)
ZGB	Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

G L I E D E R U N G

Seite

Einleitung 1

1. Teil: Die anglo-amerikanische Rechtslage 5

I. Die historische Entwicklung der Undisclosed Agency 6

A. Urteile, die sich mit dem Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten beschäftigen 7

B. Urteile, die sich mit dem Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn beschäftigen 14

C. Erklärungsversuch 18

II. Die Rechtsbeziehungen im einzelnen ... 27

A. Die Problematik der Alternativverpflichtung des Undisclosed Principal und des Agent 34

B. Die Alternativberechtigung des Agent und des Undisclosed Principal 41

C. Einzelprobleme in der Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Agent 42

1. Der Anspruch des Dritten gegen den Agent 42

2. Der Anspruch des Agent gegen den Dritten 43

a) Die Gläubigerstellung des Agent 43

b) Die Einwendungen des Dritten 45

D. Die Problematik der Einwendungen des Dritten und des Geschäftsherrn aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler .. 51

1. Einwendungen des Dritten aus seinem Verhältnis zur Mittelsperson .. 51

a) Das Einverständnis des Geschäftsherrn mit dem Auftreten des Mittlers im eigenen Namen 53

b) Kritik an der Einbeziehung des Geschäftsherrn 56

aa) Überblick über die Interessenlage 57

bb) Die Begründungen für die Einbeziehung des Geschäftsherrn .. 60

2. Einwendungen des Geschäftsherrn aus seinem Verhältnis zur Mittelsperson 66

a) Darstellung der Rechtslage 66

b) Stellungnahme 79

3. Der fehlerhafte Ansatzpunkt bei der Einwendungsdiskussion 87

E. Anfechtungsmöglichkeit des Geschäftsherrn, wenn nur er, nicht aber der Mittler sich geirrt hat? 88

F. Das Spannungsverhältnis zwischen Undisclosed Agency und Vertragsfreiheit 89

1. Fallkonstellationen, über deren Behandlung man im Grundsatz einig ist 91

2. Kenntnis des Mittlers und/oder des Geschäftsherrn von der Abneigung des Dritten 94

3. Die sog."Bezeichnungsrechtsprechung" 98

4. Das Problem der Gewährleistungsrechte 111

G. Einzelprobleme 114

1. Keine Ratifikation 114

2. Wechsel, Scheck, Schuldversprechen und gesiegelte Verträge 117

3. Inländischer Agent für ausländischen Prinzipal 125

III. Kritik und Erklärungsversuche der Undisclosed Agency 126

A. Die Literatur 127

B. Wenige Stellungnahmen der Rechtsprechung 142

C. Zusammenfassende Stellungnahme 145

2. Teil: Das deutsche Recht unter dem Blickwinkel der Undisclosed Agency 149

I. Insolvenz des Mittlers 150

A. Das Verhältnis der Gläubiger des Mittlers zu dem Geschäftsherrn 151

1. Die Vorauszession 151

2. § 392 Abs. 2 HGB 152

3. § 392 Abs. 2 HGB analog im allgemeinen Zivilrecht? 154

a) Argumente gegen eine Analogie 156

b) Argumente für eine Analogie .. 158

c) Stellungnahme 160

aa) Allgemeines zur Analogie 160

bb) Analogie als Mittel zu einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung.. 161

aaa) Natur der Sache, Bedürfnisse des Rechtsverkehrs... 164

bbb) Zwingt Artikel 3 GG zu einer entsprechenden Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB im allgemeinen Zivilrecht 168

4. Das sog. Unmittelbarkeitsprinzip und die mittelbare Stellvertretung 174

5. Analyse von Einzelfällen 184

a) Die Einzelzwangsvollstreckung 185

b) Konkurs des Mittelsmannes 186

c) Vereinbarkeit der Ergebnisse mit der Ablehnung einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB 192

d) Zwei Folgerungen bezüglich § 392 Abs. 2 HGB 194

B. Das Verhältnis der Gläubiger des Mittlers zu dem Dritten 195

1. Die Einzelzwangsvollstreckung gegen den Mittler 196

2. Konkurs des Mittelsmannes 198

a) Besonderheiten, die sich aus § 392 Abs. 2 HGB ergeben 198

b) Fälle, in denen § 392 Abs. 2 HGB nicht zur Anwendung kommt 200

aa) Kauf des Mittlers 200

bb) Verkauf des Mittlers 210

II. Leistungsstörungen 211

A. Leistungsstörungen durch den Dritten 211

1. Der Normalfall 211

2. Die Situation des Konkurses 213

B. Leistungsstörungen durch den Geschäftsherrn 215

III. § 123 225

A. Der Hintermann als Täuschender 225

B. Der Dritte als Täuschender 226

IV. Irrtumsanfechtung 229

A. Irrtum des Geschäftsherrn 229

B. Irrtum des Dritten 231

V. Die sog. Verpflichtungsermächtigung ... 233

A. Die Rechtsprechungsfälle 234

B. Die Literatur 239

C. Stellungnahme 244

VI. Das obligatorische Geschäft für denjenigen, den es angeht (Gfd) 249

A. Die Literatur 251

B. Die Rechtsprechung 255

C. Kritik des obligatorischen Gfd 271

1. Fehlverständnis des Gfd durch die Rechtsprechung 271

2. Fehlendes Bedürfnis 273

3. Die Gleichgültigkeit 276

a) Grundsätzliche Bedenken 276

b) Die sog. Geschäfte des täglichen Lebens 280

c) Fehlerhafte teleologische Reduktion 283

Zusammenfassung und vergleichende Würdigung ... 290

E I N L E I T U N G

Die von einem Vertreter abgegebene Willenserklärung wirkt nach § 164 Abs. 1 BGB[1] nur dann für und gegen den Vertretenen, wenn der Vertreter Vertretungsmacht besaß und im Namen des Vertretenen auftrat (§ 164 Abs. 1 Satz 1). Es reicht aus, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Willenserklärung im fremden Namen abgegeben werden soll (§ 164 Abs. 1 Satz 2)[2]. Das Erfordernis des Handelns im fremden Namen wird als Offenkundigkeits- oder Offenheitsprinzip bezeichnet. Wenn das Vertretungsverhältnis bei der Erklärung des Vertreters nicht zum Ausdruck kommt, spricht man von stiller, verdeckter, indirekter oder mittelbarer Stellvertretung[3] im Gegensatz zur offenen, unmittelbaren oder echten Stellvertretung.

Dabei darf der Begriff "Stellvertretung" nicht darüber hinwegtäuschen, daß in diesen Fällen im deutschen Recht eine Stellvertretungswirkung gerade nicht anerkannt wird; die Erklärung wirkt nur für und gegen den Vertreter, der Begriff mittelbare Stellvertretung soll nur zum Ausdruck bringen, daß die wirtschaftlichen

---

1) Im folgenden sind Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des BGB.

2) An sich ist dies eine Selbstverständlichkeit, da jede Willenserklärung auch konkludent abgegeben werden kann.

3) Teilweise in älteren Veröffentlichungen auch als Ersatzmannschaft bezeichnet; so z.B.: v.Jhering, JhJ 1 (1858) S. 312; Schmidt-Rimpler, S. 604; Rühl, S. 44; Hartmann, S. 31.

Folgen letztlich allein den "Vertretenen" treffen sollen[1].

Während das Vorliegen von - sei es rechtsgeschäftlicher, sei es gesetzlicher - Vertretungsmacht für eine dem Vertretenen zurechenbare Willenserklärung unverzichtbar ist, handelt es sich, worauf Flume hinweist[2], bei der Offenkundigkeit nicht um ein "apriorisches" Erfordernis[3]. Dies zeigt sich auch an der Auffassung des anglo-amerikanischen Rechtskreises, welcher neben der sogenannten disclosed agency, die unserer offenen Stellvertretung entspricht, auch die sogenannte undisclosed agency anerkennt. Nach diesem Institut wird bezüglich des obligatorischen Vertrages ein rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters dem Vertretenen selbst dann zugerechnet, wenn der Vertreter es an jedem Hinweis auf das Vertretungsverhältnis fehlen ließ. Auch wenn der Bevollmächtigte im eigenen Namen auftritt, führt dies im anglo-amerikanischen Rechtskreis (von Ausnahmen abgesehen) zu einem Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten. (Neben der undisclosed agency gibt es auch noch die partially disclosed agency; dabei weiß der Dritte zwar um

---

1) Schon Laband (ZfHK Bd. 10 (1866) S. 195) hatte den Begriff mittelbare Stellvertretung als "contradictio in adjecto" bezeichnet; entsprechend heißt es in den Motiven zum BGB (Mot. Bd. 1 S. 223): "Die sog. mittelbare Stellvertretung, bei welcher Jemand ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen, aber in der Absicht vornimmt, die rechtlichen Wirkungen einem Anderen zukommen zu lassen, ist juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung."

2) § 44 I S. 763.

3) Auch Zweigert-Kötz (S. 123) bezeichnen die Unterscheidung zwischen direkter und mittelbarer Stellvertretung als "keineswegs gleichsam naturnotwendig".

die Existenz des Geschäftsherrn, nicht aber um seine Identität; man spricht in diesem Falle von einem "unknown principal".)

Dem deutschen Recht sind ebenfalls Ausnahmen von dem Grundsatz der Offenkundigkeit bekannt, so z.B. das sogenannte Geschäft für denjenigen, den es angeht (im folgenden: Gfd)[1]. Andererseits führt auch das anglo-amerikanische Recht den Grundsatz der mittelbaren Stellvertretung nicht ohne Einschränkungen durch. Insgesamt steht man dieser Figur, obwohl sie allgemein angewandt wird, eher skeptisch gegenüber. Eine auch heute noch viel zitierte Aussage von Pollock[2] drückt dies so aus:

> "The plain truth ought never to be forgotten that the whole law as to the rights and liabilities of an undisclosed principal is inconsistent with the elementary doctrines of the law of contract. The right of one person to sue another on a contract not really made with the person suing is unknown to every other legal system except that of England and America."

Die folgende Untersuchung beginnt mit einer Darlegung der anglo-amerikanischen Rechtslage. Daran schließt sich im zweiten Teil eine Untersuchung der mittelbaren Stellvertretung im obligatorischen Bereich des deutschen Rechts an. Da sich die undisclosed agency historisch an Hand des Kaufs und Verkaufs entwickelt hat,

---

1) In der Terminologie finden sich kleine Unterschiede, z.B.: Vertrag für (denjenigen,) den es angeht (Palandt-Heinrichs, § 164 Anm. 1 a; Larenz (Allgem. Teil), § 30 II b S. 525); Geschäft (für), wen es angeht (Serick (IV), § 53 II 1 a; Erman-Westermann, § 164 Rdz. 19; Emmerich-Tempel, § 2 III); Geschäft für den, den es angeht (Steffen in RGRK z. BGB § 164 Rdz.7).

2) 3 L.Q.R. (1887) S. 359.

und die meisten anglo-amerikanischen Erörterungen sich mit dieser Fallkonstellation beschäftigen, konzentrieren sich auch die Überlegungen zum deutschen Recht auf den An- bzw. Verkauf durch einen mittelbaren Stellvertreter. Dabei werden verschiedene Probleme, wie z.B. die sogenannte Verpflichtungsermächtigung, die Frage einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB im allgemeinen Zivilrecht, das sogenannte Unmittelbarkeitsprinzip bei der Treuhand und nicht zuletzt das obligatorische Gfd erörtert werden.

Am Ende steht eine zusammenfassende und vergleichende Würdigung der undisclosed agency und der mittelbaren Stellvertretung, wie sie sich im deutschen Recht dargestellt hat.

1. Teil: D I E A N G L O - A M E R I K A - N I S C H E R E C H T S L A G E

Im Gegensatz zum deutschen Recht unterscheidet das anglo-amerikanische Recht nicht zwischen Vollmacht und Auftrag. "Innen- und Außenverhältnis fließen in der agency ineinander über"[1]. Der Begriff der agency umfaßt beides und kann deswegen weder mit Geschäftsführung noch mit Vertretung korrekt übersetzt werden. Müller-Freienfels schlägt den Begriff "Geschäftsführung in Vertretung" vor[2].

Der Mittelsmann (agent) tritt in den anglo-amerikanischen Entscheidungen sehr oft in der Gestalt eines Factors oder Brokers auf. Für beide Begriffe gibt es keine klar abgegrenzten Definitionen[3], sondern nur eine Art von Grundmuster, welches aber nicht zwingend ist. In der Entscheidung Baring v. Corrie aus dem Jahre 1818[4] wurde der wesentliche Unterschied herausgestellt. Danach handelt es sich bei einem Factor in der Regel um einen besitzbetrauten Verkaufsagenten, der im eigenen Namen auftreten darf. Demgegenüber versteht man unter einem Broker einen agent, der für seinen Geschäftsherrn ein- oder verkauft, aber bei einem Verkauf nicht den Besitz an der Ware erhält und

---

1) Staudinger-Firsching, Rdz. 238.

2) RabelsZ 18 (1953), S. 36 Fn. 8.

3) Der Factors Act von 1889 beinhaltet keine Definition des Factors. Vgl. zum Begriff des Factors die Ausführungen in: Stevens v. Biller (1883) 25 Ch.D. 31; Rolls Razor Ltd. v. Cox (1967) 1 Q.B. 578.

4) 2 B. u. Ald. 137 (143), 106 E.R. 317 (319).

auch nicht zum Handeln im fremden Namen berechtigt ist[1].

I. Die historische Entwicklung der Undisclosed Agency

Holmes bezeichnet die historischen Grundlagen des Instituts der undisclosed agency als "painfully meagre"[2]. Rechtsprechung und Wissenschaft ist es trotz mannigfacher Bemühungen, die später noch dargestellt werden, bisher nicht gelungen, eine befriedigende Antwort auf die Frage zu geben, wie sich die undisclosed agency entwickeln konnte. Im folgenden soll versucht werden, eine Erklärung zu finden. Damit wird zwar in gewisser Hinsicht der späteren Darstellung über die grundsätzliche Diskussion bezüglich der undisclosed agency[3] vorgegriffen; dies erscheint aber deswegen notwendig, weil viele Einzelprobleme der undisclosed agency, die nachfolgend behandelt werden, auf dem Hintergrund der Erkenntnisse zur historischen Entwicklung besser verstanden werden können.

---

1) Aus der Entscheidung Armstrong v. Stokes (1872) L.R. 7 Q.B. 598, 607, ergibt sich, daß ein Einkauf im eigenen Namen zulässig ist (zu dieser Entscheidung s.u.S. 71ff).

2) The History of Agency, 3 Select Essays in Anglo-American Legal History S. 390 (zit. nach Stoljahr, S. 204); ebenso ders.: 5 Harv. L.R. (1891/92) S. 2.

3) s. dazu u.S. 126 ff.

Im folgenden werden zunächst die ersten überlieferten Entscheidungen wiedergegeben, die mit der Thematik der mittelbaren Stellvertretung in Zusammenhang gebracht werden können.

A. Urteile, die sich mit dem Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten beschäftigen

Schon vor der sonst allgemein[1] als ersten Fall einer undisclosed agency angeführten Entscheidung Scrimshire v. Alderton[2] gibt es einige Urteile, welche mit der Problematik der mittelbaren Stellvertretung in Zusammenhang gebracht werden können.

Hier ist zunächst das Urteil Burdett v. Willett aus dem Jahre 1708[3] zu nennen. Der Geschäftsherr ließ durch einen Factor Ware verkaufen. Nachdem dieser die Güter auf Kredit veräußert hatte, starb er überschuldet. In der Entscheidung wurde festgestellt, daß der Kaufpreis abzüglich der dem Factor zustehenden Provision dem Geschäftsherrn gebühre und insoweit keine Zahlung an den Nachlaß verlangt werden könne. Der Factor habe "although he has the right at law" nur die Funktion eines "trustee" (eine Art Treuhänder).

---

1) Vgl. z.B.: Ames, 18 Yale L.J. (1909) S. 446; Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 320; Müller-Freienfels, RabelsZ 17 (1952), S. 586; Higgins, 28 M.L.R. (1965) S. 168.

2) (1743) 2 Strange, 1182, 93 E.R. 1114.

3) 2 Vern. 638, 23 E.R. 1017.

In ähnlicher Weise wurde in dem Fall Whitecomb v. Jacob (1709)[1] dem Geschäftsherrn gestattet, Ware aus dem Nachlaßkonkurs des Factors auszusondern. Der Factor hatte diese mit Geld erstanden, welches er aus einem Verkauf für den Geschäftsherrn erlöst hatte. Es wird aber darauf hingewiesen, daß der Geschäftsherr Geld als solches nicht hätte aussondern können, weil "money has no ear-mark".

In Gurratt v. Cullum[2] hatte ein Factor Ware eines inländischen Geschäftsherrn in London an einen Dritten verkauft. Der Geschäftsherr wußte nicht, an wen verkauft worden war, und der Erwerber hatte keine Kenntnis davon, in wessen Eigentum die Güter standen. Die Waren wurden dem Dritten als solche des Factors geliefert und von diesem auch in Rechnung gestellt. Vor Bezahlung fiel der Factor in Konkurs; danach wurden die Gelder an den Konkursverwalter ausbezahlt, gegen den der Prinzipal nun klagte. Der Klage wurde stattgegeben. Eine Zahlung an den Factor hätte den Dritten zwar von seiner Schuld befreit, obwohl die Leistung "in law" gar nicht dem Factor, sondern demjenigen, "whose goods they were" (also dem Prinzipal) zugestanden hätte. Deswegen gebühre letzterem auch der Vorzug vor den anderen Konkursgläubigern des Factors. Dieser Meinung wurde in der späteren Entscheidung Scott v. Surman (1742)[3], in der eine entsprechende

---

1) 1 Salkeld, 160, 91 E.R. 149.

2) (1710) Bull. N.P. 42 zit. in Scott v. Surman (1742) Willes 400 (406), 125 E.R. 1235 (1238).

3) Willes 400 (407), 125 E.R. 1235 (1239).

Fallkonstellation zu beurteilen war, gefolgt:

> " ...it would be the greatest prejudice to trade, ..., if this notion should prevail that the owner must suffer by the factor's becoming bankrupt;"

bezeichnenderweise wird noch hinzugefügt:

> "and we ought always as much as we can and as far as is consistent with the rules of law to do everything to promote the trade and commerce of the nation."

Aus den bisher vorgestellten Fällen ergibt sich folgender Grundsatz: der Auftraggeber eines Factors hat bezüglich der aus dem Verkauf des Factors erwachsenen Forderung Vorrang vor den Gläubigern des Factors. Diese Wertung entspricht der Regelung des § 392 Abs. 2 HGB - wenn man einmal die Position eines Factors mit der eines Kommissionärs vergleicht.

Das folgende Urteil Scrimshire v. Alderton aus dem Jahre 1743[1)] bringt nun in verschiedener Hinsicht eine Weiterentwicklung mit sich. Hier ging es zum ersten Male nicht nur um das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und den Gläubigern des Factors. Es stellte sich vielmehr die Frage, ob der Käufer oder der Geschäftsherr den Nachteil zu tragen hat, welcher sich daraus ergibt, daß der Factor die vom Käufer erhaltene Zahlung nicht weiterleitet.

Ein Farmer von der Insel Ely hatte Hafer an einen Factor übersandt, damit dieser das Getreide für ihn veräußere. Dieser Auftrag wurde

---

1) 2 Strange, 1182, 93 E.R. 1114.

nach Darstellung der Entscheidungswiedergabe auf der Grundlage eines neuen Handelsbrauches abgewickelt. Früher sei es handelsüblich gewesen, daß der Factor nach einem Kaufvertrag den Farmer sofort über den Namen des Käufers und den Kaufpreis informiert habe. Dieses Verfahren habe sich aber für entfernt wohnende Farmer als umständlich erwiesen. Deswegen sei man seit vielen Jahren dazu übergegangen, daß der Factor gegen Zahlung einer höheren Provision das "Risiko der Schuld" auf sich nehme; seitdem würden auch die Farmer von dem Factor nicht mehr über den Namen des Käufers informiert. In dem vorliegenden Fall wurde nun der Factor vor Zahlung durch den Käufer zahlungsunfähig. Der Farmer bat daraufhin den Käufer, den Kaufpreis nicht an den Factor zu entrichten. Nachdem der Käufer dies dennoch getan hatte, erhob der Farmer Klage gegen ihn auf Zahlung des Kaufpreises.

Die Entscheidungsfindung erwies sich als schwierig. Während der Oberrichter der Meinung war, daß auf Grund dieser "neuen Methode" der Farmer nicht seines Anspruches gegen den Käufer beraubt werden könnte, entschieden sich die Laienrichter zu Gunsten des beklagten Käufers. Die Wiedergabe des Verfahrens macht deutlich, daß sie ihre Meinung offenbar sehr hartnäckig vertraten:

> "They" (die Richter) "went out and found for the defendant; were sent out a second, and a third time to re-consider it, and still adhered to their verdict; and being

> asked man by man, they separately declared they found for the defendant."

Auch in einem neuen Verfahren änderten sich die Meinungen nicht. Der Oberrichter erklärte:

> "That the factor's sale does by the general rule of law create a contract between the owner and the buyer"[1].

Wertungsmäßig stimmt diese Ansicht mit den obigen Urteilen, welche allerdings nicht zitiert werden, überein: der ehemalige "owner" ist schutzwürdig, seine Position soll durch die Zahlungsunfähigkeit des Factors keine Verschlechterung erfahren. Dennoch entschied sich die Jury wiederum einstimmig gegen den Kläger und wies die Klage mit der Begründung ab, daß

> "no credit was given as between the owner and buyer, and that the latter was answerable to the factor only, and he only to the owner"[1].

Obwohl die Meinungen in dieser Entscheidung kontrovers aufeinanderprallten, scheint sich in der Folgezeit die Meinung des Oberrichters kampflos durchgesetzt zu haben. Denn in dem nächsten auffindbaren Urteil zu dieser Problematik (Drinkwater v. Goodwin aus dem Jahre 1775[2]) wurde das grundsätzliche Recht des Geschäftsherrn, bei dem Verkauf eines Factors im eigenen Namen den Kaufpreis von dem Dritten verlangen zu können, bereits allgemein ohne nähere Begründung vorausgesetzt; sowohl der Vortrag des Klägers als auch der des Beklagten als auch die

---

1) a.a.O.

2) 1 Cowp. 251, 98 E.R. 1070.

Urteilsgründe gehen davon aus. Strittig war hier nur, ob dann, wenn dem Factor ein "lien" (eine Art Pfandrecht) zusteht, der Dritte mit befreiender Wirkung an den Factor zahlen kann, obwohl der Prinzipal den Dritten um Zahlung an sich gebeten hatte. Dies wurde bejaht. Auch in der Entscheidung Rabone v. Williams (1785)[1] ging es nur darum, ob der Käufer, wenn er von dem Geschäftsherrn in Anspruch genommen wird, mit einer Forderung gegen den Factor aufrechnen kann. Das grundsätzliche Recht des Geschäftsherrn,"to bring an action upon that contract against the purchaser of the goods", bezeichnet Lord Mansfield als "long settled"[2]. Die Aufrechnung wurde aber zugelassen.

Den beiden folgenden Urteilen liegt wiederum jeweils ein von einem Factor[3] bzw. einem Broker[4] abgeschlossener Kaufvertrag zu Grunde; Streitpunkt ist ebenfalls nicht die Frage der Direktbeziehung, sondern immer nur die Problematik der Einwendungen des Dritten aus seinem Verhältnis zu dem Mittler. Auch in diesen beiden Fällen wurde wiederum trotz der grundsätzlichen Bejahung eines direkten Anspruchs des Geschäftsherrn gegen den Dritten eine Aufrechnung[5] gegenüber dem Factor ebenso wie der Einwand, bereits an den Broker gezahlt zu haben[6], zugelassen.

---

1) 7 T.R. 360, 101 E.R. 1020 Fn. a.

2) a.a.O.

3) George v. Clagett (1797) 7 T.R. 359, 101 E.R. 1019; vgl. auch eine entsprechende Bemerkung in Railton v. Hodgson (1804) 128 E.R. 456 Fn. a.

4) Coates v. Lewes (1808) 1 Camp. 444, 170 E.R. 1015.

5) So in George v. Clagett, a.a.O.

6) So in Coates v. Lewes, a.a.O.

In der nächsten Entscheidung, Norfolk v. Worthy[1], handelte es sich bei dem Mittler zum ersten Male weder um einen Factor noch um einen Broker. Dort hatte der Vertreter des Geschäftsherrn im eigenen Namen einen Vertrag geschlossen und eine Anzahlung geleistet. Da die Durchführung des Vertrages scheiterte, forderte der Geschäftsherr diese zurück. Der Dritte wandte ein, daß nur der Mittler einen entsprechenden Anspruch geltend machen könne. Das Gericht sah dieses Vorbringen allein als nicht erheblich an; entscheidend sei, "whose money was paid as a deposit". Der Geschäftsherr sei dann forderungsberechtigt, wenn der agent Geld des Geschäftsherrn an den Dritten gezahlt habe. Ebenso wie die vorangegangenen Urteile beinhaltet auch diese Entscheidung keinerlei Auseinandersetzung mit der Stellvertretungsproblematik.

In dem Urteil Sims v. Bond (1833)[2] findet sich dann zum ersten Mal eine über den Bereich Factor/Broker hinausgehende grundsätzliche Formulierung. Es ging im wesentlichen um die Auszahlung eines Bankkontos; der Kläger behauptete, es handele sich um sein Geld. Die Bank wies darauf hin, daß das Konto von jemand anderem angelegt worden sei. Der Kläger berief sich auf die Factor-Rechtsprechung, wonach der Prinzipal klagen kann.

Obwohl die Klage aus tatsächlichen Gründen scheiterte, stellte das Gericht folgendes fest:

---

1) (1808) 1 Camp. 336, 170 E.R. 977.

2) 5 B. u. AD. 389, 110 E.R. 834.

> "It is a well established rule of law, that where a contract, not under seal, is made with an agent, in his own name, for an undisclosed principal, either the agent or the principal may sue upon it; ..."

Damit war der unmittelbare Anspruch des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten in der Rechtsprechung fest verankert.

B. Urteile, die sich mit dem Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn beschäftigen

In dem Urteil Nelson v. Powell (1784)[1] hatte der Beklagte durch seinen Broker Güter kaufen lassen. Die Rechnungen wurden auf den Namen des Brokers ausgestellt, "who had not declared his principal". Obwohl der Geschäftsherr dem Broker genug Geld zur Bezahlung des Dritten übergeben hatte, konnte dieser nur einen Teil seiner Forderung befriedigen. Wegen des Restes wandte er sich dann an den Geschäftsherrn. Einer Klage des Dritten wurde stattgegeben. Das Argument des Geschäftsherrn, der Dritte habe nur auf die Leistungsfähigkeit des Brokers vertraut, fand keine Beachtung. In der Entscheidungswiedergabe heißt es nur:

> "Lord Mansfield held the principal liable whenever he was known."

In der Entscheidung Kymer v. Suwercropp (1807)[2] verkaufte der Kläger auf einer öffentlichen

1) 3 Doug. 410, 99 E.R. 723.

2) 1 Camp. 112, 170 E.R. 895.

Auktion Kaffee an die Firma K. u. Co. Diese erwarb den Kaffee als Broker für den Beklagten. Der Beklagte erhielt den Kaffee[1] und stellte K. u. Co. dafür einen Wechsel aus, der später auch pünktlich eingelöst wurde. Zwischenzeitlich war der Broker zahlungsunfähig geworden. Nunmehr erfuhr der Kläger von der Existenz des Beklagten und verlangte von diesem Zahlung.

Auch in dieser Entscheidung wurde die grundsätzliche Verpflichtung des Prinzipals gegenüber dem Dritten nicht mehr in Frage gestellt; davon ging vielmehr selbst der Anwalt des Beklagten aus. Strittig war hier nur, ob der Prinzipal durch eine Leistung an den Mittler von seiner Verpflichtung gegenüber dem Dritten befreit wird. Dies wurde verneint.
Daß diese Leistungspflicht grundsätzlich besteht, wird von dem Richter, Lord Ellenborough, nur am Rande festgestellt:

> "A person selling goods is not confined to the credit of a broker who buys them; but may resort to the principal on whose account they are bought; ..."

Als Erläuterung weist er noch darauf hin, daß der Prinzipal schließlich den Kaffee erhalten habe, "and enjoyed the benefit of it; ...".

In der ebenfalls aus dem Jahre 1807 stammenden Entscheidung Waring v. Favenck[2] hatte ein Broker für seinen Prinzipal, den Beklagten, im eigenen Namen Ware von dem Kläger gekauft. Der Broker fiel in Konkurs. Auch hier wurde die

---

1) Ein Rest wurde noch nicht geliefert, auch hierüber wurde gestritten; dies ist aber hier nicht von Interesse.

2) 1 Camp. 86, 170 E.R. 886.

Frage der grundsätzlichen Haftung des Prinzipals gar nicht diskutiert; gestritten wurde nur darüber, ob der Geschäftsherr gegenüber dem Zahlungsbegehren des Dritten mit einer Forderung gegen den Broker aufrechnen konnte. Dies wurde nicht gestattet, der Klage also stattgegeben. Als Begründung führt Lord Ellenborough nur an, daß der Kauf von dem Beklagten mittels eines agent getätigt worden und daß die Situation deswegen die gleiche sei, wie wenn der Beklagte selbst den Kaufvertrag geschlossen habe.

In der Entscheidung Paterson v. Gandasequi (1812)[1] wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß dem Dritten nur der Name, nicht aber die Existenz des Geschäftsherrn unbekannt sei. Auch in diesem Urteil wurde allgemein von der grundsätzlichen Schuldnerstellung des Geschäftsherrn ausgegangen. Man diskutierte nur darüber, ob der Geschäftsherr dann, wenn der Dritte sich anschickt, den Mittler zu belangen, von seiner Schuld befreit wird. Interessant ist die unterschiedliche Darstellung der Grundregel durch die Richter. Richter Blanc bezeichnet sie als "the doctrine applicable to principal and broker". Etwas weiter geht Richter Bayley, wenn er sich dahingehend äußert, "that the seller may look to the principal when he discovers him, ..." ("seller" statt "broker"). Am abstraktesten drückt sich Lord Ellenborough aus, der davon spricht, daß ein "unknown principal, when discovered, is liable on the contracts", welche sein agent für ihn abschließt.

1) 15 East, 62, 104 E.R. 768.

Demgegenüber fassen die Anmerkungen von Lord Tenterden und Richter Littledale in dem Urteil Thomson v. Davenport (1829)[1] die Regel wieder enger, indem sie nur von dem Anspruch des Verkäufers sprechen. Andererseits bringt aber gerade dieses Urteil eine wichtige Erweiterung mit sich.

In dem Sachverhalt dieses Falles wird - genau wie in dem zuvor geschilderten - angemerkt, daß der Dritte von der Existenz eines Geschäftsherrn wußte. In den drei ersten Entscheidungen fehlte zwar eine ausdrückliche Feststellung, aber die verwendeten Formulierungen deuten darauf hin, daß auch in ihnen dem Dritten nur die Identität des Geschäftsherrn, nicht aber dessen Existenz unbekannt war. Diese Vermutung wird von Richter Blackburn in dem Urteil Armstrong v. Stokes[2] bestätigt; er weist darauf hin, daß in früheren Zeiten ein Broker immer für einen Geschäftsherrn tätig gewesen sei, was dem Vertragspartner eines Brokers auch bekannt gewesen sei.

Obwohl somit alle früheren Entscheidungen nur die Situation eines unknown principal betrafen und obwohl auch in dem Urteil Thomson v. Davenport der Dritte Kenntnis von der Existenz des Geschäftsherrn hatte, benutzte Lord Tenterden diesen Sachverhalt, um folgendes zu bemerken:

> "I take it to be a general rule, that if a person sells goods (supposing at the time of the contract he is dealing with a principal), but afterwards discovers that the person with whom he has been dealing is

1) 9 B. u. C. 78, 109 E.R. 30.

2) (1872) L.R. 7 Q.B. 598, 607; zu diesem Urteil im einzelnen s.u. S. 71 ff.

> not the principal in the transaction, but agent for a third person, ..., he may afterwards recover the amount from the real principal; ..."

Die fehlende Differenzierung zwischen einem unknown und einem undisclosed principal führte somit dazu, daß die für einen unknown principal etablierte Rechtsprechung der Direktberechtigung ohne Diskussion auf die Situation eines undisclosed principal übertragen wurde.

C. Erklärungsversuch

Die vorgeschilderten Fälle zeigen, daß die undisclosed agency ihren Ursprung hat in der Lösung eines ganz bestimmten Grundfalles: ein Factor verkauft eine Sache des Geschäftsherrn und wird danach leistungsunfähig. Der Geschäftsherr versucht, den Kaufpreis zu erhalten. Später tritt dann auch ein Broker statt eines Factors auf. Mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung - es scheint fast als eine Art Anhängsel des direkten Anspruchs des Geschäftsherrn gegen den Dritten - taucht dann auch die umgekehrte Problematik auf: der Dritte will nach einem Verkauf an einen Broker wegen dessen Leistungsunfähigkeit seine Zahlungsforderung gegenüber dem Geschäftsherrn durchsetzen. Nachdem diese konkreten Fälle durch die Annahme einer direkten vertraglichen Beziehung gelöst worden waren, erstreckte man den gefundenen Grundsatz in der Folgezeit nicht nur auf die Fälle eines Factors beziehungsweise Brokers, sondern auf alle Kaufverträge. Dabei

ging es aber jeweils noch immer nur um die Kaufpreiszahlungspflicht des Dritten bzw. des Geschäftsherrn. Später wurden dann auch diese Beschränkungen aufgegeben und der Grundsatz der undisclosed agency ganz allgemein, d.h. ohne Bezug auf einen Kaufvertrag , und nicht nur bezüglich der Geldleistungspflicht formuliert.

Sucht man nach den Wurzeln der Entwicklung, so fällt auf, daß die Urteile sich gar nicht mit der Grundfrage einer direkten vertraglichen Beziehung beschäftigen; eine solche wird von vornherein vorausgesetzt. Diskutiert wird nur über die Einwendungen. Die Grundregel der direkten vertraglichen Beziehung auch bei verdeckter Stellvertretung scheint sich sehr plötzlich, mit nur minimaler argumentativer Unterstützung und bis auf die Jury in Scrimshire v. Alderton[1] ohne jeden Widerspruch etabliert zu haben. Diese Entwicklung erscheint auf den ersten Blick eigenartig. Sie dürfte der Grund sein für die oben wiedergegebene Bemerkung von Holmes[2] und die allgemeine Unsicherheit bezüglich der Entstehung der undisclosed agency[3]. Bei genauerem Hinsehen verliert das plötzliche Auftauchen dieses Instituts aber seine Rätselhaftigkeit und wird durchaus nachvollziehbar. Voraussetzung für diese Erkenntnis ist, daß man sich einige grundsätzliche Gedanken zu dem Verhältnis von mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung macht und dann

---

1) (1743) 2 Strange, 1182, 93 E.R. 1114.

2) s.o.S. 6.

3) s.u.S. 126 ff, 147.

versucht, sich in die damalige Zeit des anglo-amerikanischen Rechtes hineinzuversetzen.

Handelt jemand zwar im eigenen Namen, aber nach den Weisungen eines anderen, und hat er den Willen, daß die Folgen des Rechtsgeschäftes seinen Auftraggeber treffen sollen, so bieten sich zur Lösung der daraus entstehenden Rechtsbeziehung - abstrakt gesehen - zwei Konzepte an: man kann zum einen, wie das anglo-amerikanische Recht, diese Situation als der Stellvertretung zugehörig einordnen und eine vertragliche Beziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn bejahen; die andere Möglichkeit besteht darin, wie das deutsche Recht, zwei getrennte Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Mittler einerseits und dem Mittler und dem Geschäftsherrn andererseits anzunehmen. Diese Alternative führt aber nicht in allen Fällen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die grundsätzliche Leistungsverpflichtung bzw. -berechtigung von Drittem und Prinzipal besteht unabhängig davon, für welche Lösung man sich entscheidet. Sie sind zur Erbringung der versprochenen Leistung verpflichtet und dazu berechtigt, die vereinbarte Gegenleistung zu empfangen, unabhängig davon, ob diese Berechtigung und Verpflichtung unmittelbar besteht, oder ob der Mittler als Zwischenstation eingeschaltet ist.

Unterschiedliche Ergebnisse können sich in erster Linie bei zwei Grundsituationen ergeben, die beide an die Person des Mittlers anknüpfen;

die erste Konstellation ist die, daß der Mittler zahlungsunfähig wird. Hier stellt sich die Frage, ob auch dann, wenn der Mittler im eigenen Namen aufgetreten ist, der Dritte bzw. der Geschäftsherr, wie bei einer offenen Stellvertretung, die noch ausstehende Forderung geltend machen und dadurch den Gläubigern des Mittlers das Nachsehen geben kann. Der zweite, wahrscheinlich noch wichtigere Grundfall folgt aus der Frage, ob der Dritte und der Geschäftsherr sich bei ihrer gegenseitigen Inanspruchnahme auf ihr jeweiliges Verhältnis zu dem Mittler berufen können (z.B. Leistung an den Mittler oder Aufrechnung ihm gegenüber). Diese beiden Situationen verkörpern im Grunde die Problematik, ob man die verdeckte der offenen Stellvertretung gleichstellen oder ob man zwei getrennte Rechtsbeziehungen annehmen soll. Alle anderen unterschiedlichen Ergebnisse sind - wie die nachfolgende Einzeldarstellung zeigen wird - nur sekundärer Natur.

Auf dem Hintergrund dieser Überlegungen wird klar, warum die ersten Aussagen zur undisclosed agency nur als eine Art Annex in Einwendungsstreitfällen auftauchen: dies ist einer der Grundfälle, die erst zu der Frage führen, ob zwischen offener und verdeckter Stellvertretung differenziert werden soll.

Des weiteren wird nun erkennbar, warum die mittelbare Stellvertretung zum ersten Male Erwähnung fand, als mit der Intensivierung des Handels der Mittler als selbständig handelnder Kaufmann in Gestalt von Factor und Broker auf-

trat. Hier ist zum einen der Umstand von Bedeutung, daß sich früher nur für einen vermögenden Mann, der seine Angelegenheiten nicht alleine bewältigen konnte, das Bedürfnis ergab, sich eines Vertreters zu bedienen. Ließ er deswegen eine andere Person für sich Geschäfte wahrnehmen, so handelte es sich zumeist um einen Diener oder um eine andere abhängige Person. Dies brachte es mit sich, daß die dritten Vertragspartner regelmäßig, auch wenn der Mittler es an einem ausdrücklichen Hinweis auf seine Vertreterstellung fehlen ließ, erkennen konnten, daß der Mittler nicht für eigene Rechnung abschloß. Ergab sich somit die Offenkundigkeit des Vertreterhandelns zumindest aus den Umständen, führte schon dies dazu, daß die Situation der verdeckten Stellvertretung gar nicht auftauchte. Hinzu kommt, daß die meisten Probleme im Bereich des Mittlers, welche, wie dargelegt, erst die Frage nach einer Differenzierung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung aufwerfen, voraussetzen, daß der Mittler das Rechtsgeschäft mit dem Dritten nicht Zug um Zug, sondern sofort abwickelt. Diese Streitfälle konnten sich erst ergeben, als mit der Intensivierung des Handels die Rolle des Mittlers nicht mehr nur von untergeordneten Hilfskräften, sondern auch von selbständigen Kaufleuten übernommen wurde und als gleichzeitig nicht nur direkt abgewickelte, sondern auch Distanzgeschäfte geschlossen wurden.

Aus all dem ergibt sich, daß früher vor dem Auf-

treten von eigenständigen Mittlern in Gestalt von Broker und Factor gar kein Anlaß bestand, ein Vertretergeschäft an Hand der Offenkundigkeit zu definieren. Zur Bestimmung der Personen, die an dem von einem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft als Vertragspartner beteiligt sind, konnte deswegen nur auf das materielle Kriterium abgestellt werden, für wen der Mittler den Vertrag schloß. Bei einem Kaufvertrag sollte also demjenigen, der wirtschaftlich betrachtet letztlich der Verkäufer war, der Kaufpreis zufließen. Wer die Ware bekam, sollte bezahlen, und von wem sie stammte, der sollte das Entgelt erhalten. Es wurde also nicht auf Willenserklärungen, sondern auf den wirtschaftlichen Sachverhalt, für wen die Güterverschiebung stattfinden sollte, abgestellt. Auch die einzige frühe Entscheidung, der kein Kaufvertrag zu Grunde lag (Norfolk v. Worthy[1]), läßt dies erkennen.

In einem Urteil aus dem Jahre 1623, als von einer undisclosed agency noch nicht die Rede war, wird die Auffassung der Stellvertretung an Hand eines Satzes deutlich:

> "If my baily" (Verwalter) "of my mannor" (Rittergut) "buy cattle to stock my grounds, I shall be chargeable in an action of debt: and if my baily sell corn or cattle, I shall have an action of debt for the money; for whatsoever comes within a compass of the servants service, I shall be chargeable with, and likewise shall have advantage of the same."[2]

---

1) (1808) 1 Camp. 336, 170 E.R. 977.

2) Seignior and Wolmer's Case (1623) Godb. 360, 78 E.R. 212.

Bei einer Untersuchung der ersten oben wiedergegebenen Entscheidungen, in denen es um Einwendungen des Dritten ging, muß man sich somit bewußt sein, daß die Stellvertretung bisher nur nach dem Kriterium des für einen anderen Handelns bestimmt worden war. Das Ergebnis dieser Urteile - dem Dritten die Berufung auf diese Einwendungen zu gestatten - dürfte allgemein als richtig angesehen werden. Wenn der Mittler im eigenen Namen auftritt, muß er von dem Dritten auch als sein Vertragspartner behandelt werden dürfen. Für dieses Resultat boten sich zwei Begründungen an; die eine verwandte die englische Rechtsprechung: man sah das im eigenen Namen abgeschlossene Rechtsgeschäft auch als Vertretergeschäft an, schaffte aber eine Ausnahme, die es dem Dritten erlaubte, sich auf die Einwendungen zu berufen; eine andere Möglichkeit wäre gewesen, einen Vertrag nur zwischen dem Dritten und dem Factor anzunehmen - wovon wohl die Jury im Falle Scrimshire v. Alderton ausging -, was zwangsläufig ebenfalls zur Zulässigkeit der Einwendungen geführt hätte.

Es erscheint nur zu verständlich, daß sich die damalige Rechtsprechung ohne große Diskussion für die Ausnahmeregelung entschied. Denn dies bedeutete aus damaliger Sicht einen weniger radikalen Schritt, als wegen des Eigenhandelns des Factors ein Vertretergeschäft ganz zu verneinen. Hinzu kam, daß die Gemeinsamkeiten von offener und verdeckter Stellvertretung - weisungsgemäßes Handeln für einen anderen -

bedeutsamer erschienen als der Unterschied - Handeln im eigenen bzw. fremden Namen. Möglicherweise hat auch die oben wiedergegebene ältere Rechtsprechung, welche den Grundsatz aufgestellt hatte, daß der Geschäftsherr Vorrang vor den Gläubigern des Factors genießt, eine Rolle gespielt. Obwohl es dabei um Fälle einer Klage des Geschäftsherrn gegen den Factor ging, war deren Ergebnis eher mit der Annahme einer grundsätzlichen Direktbeziehung als mit dem Resultat einer Trennung der Rechtsbeziehungen zu vereinbaren.

Nach den oben dargelegten Grundüberlegungen zu den unterschiedlichen Ergebnissen von mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung bedarf es keiner weiteren Erklärung, warum auch die Frage eines direkten Anspruchs des Dritten gegen den Geschäftsherrn zum ersten Male an Hand von Fällen auftauchte, in denen es um Einwendungen des Geschäftsherrn aus seinem Verhältnis zu dem Mittler ging.

Zunächst dürfte es auch bei der Entscheidung dieser Sachverhalte eine Rolle gespielt haben, daß man mit der Bejahung eines unmittelbaren Anspruchs auf Grund einer Direktbeziehung den kleineren Schritt tat, als wenn man auf Grund des Eigenhandelns diese Sachverhalte nicht mehr dem Stellvertretungsbereich zugeordnet hätte. Weiterhin übten möglicherweise auch die vorhergehenden Factor-Urteile, welche für die umgekehrte Anspruchsrichtung den Umstand des Eigenhandelns als unbeachtlich angesehen hatten,

einen gewissen Einfluß aus, hier nach den gleichen Grundsätzen zu verfahren. Ausschlaggebend war aber wohl ein Moment, welches die konkrete Entscheidung als wertungsmäßig richtig erscheinen läßt: weil es bei einem Verkauf an einen Broker allgemein bekannt gewesen zu sein scheint, daß man wegen des Kaufpreises auch den Hintermann belangen konnte, und da dies auch dem Geschäftsherrn selbst bewußt war, ist es verständlich, daß die Einwendungen des Geschäftsherrn nicht zugelassen wurden. Dieses Ergebnis wäre aber auf der Grundlage einer Trennung der Rechtsbeziehungen gar nicht zu begründen gewesen. Deswegen war die Bejahung eines unmittelbaren Anspruchs hier vorprogrammiert.

Nachdem somit das Merkmal des im eigenen Namen Handelns in den Broker-Fällen keine Bedeutung erlangt hatte, führte es auch in den folgenden Entscheidungen, in denen es zwar nicht mehr immer um einen Broker ging, in denen aber jeweils dem Dritten bekannt war, daß der Mittler für einen Geschäftsherrn handelte, nicht mehr zu einem Umdenken. Der Schritt von dieser Situation der partially disclosed agency zur undisclosed agency wurde dann durch die Bemerkung von Lord Tenterden eingeleitet, der die oben wiedergegebene weite Formulierung benutzte, obwohl in dem konkreten Fall gar kein Anlaß dafür gegeben war, da es sich auch in diesem Sachverhalt nur um eine partially disclosed agency handelte.

In den Anfangsfällen, die sich mit einem Anspruch des Dritten gegen den Prinzipal beschäftigten, wird es zwar nicht so deutlich, aber auch hier scheint es zumeist so gewesen zu sein, daß dem Dritten nur die Person, nicht aber die Existenz des Hintermannes unbekannt war. Jedenfalls kann man aber feststellen, daß zunächst nicht genau zwischen einer undisclosed und einer partially disclosed agency unterschieden wurde. Der genaue begriffliche Inhalt der undisclosed agency schälte sich erst im Laufe der Zeit heraus. So heißt es bezeichnenderweise noch im Jahre 1859 in der Entscheidung Smethurst v. Mitchell[1]: ... ein Verkäufer, "who had sold to an agent, k n o w n t o b e s u c h , for an undisclosed principal, ..."

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß die Entstehung der undisclosed agency auf dem historischen Hintergrund durchaus nachvollzogen werden kann und daß die ersten Fälle, in denen ein unmittelbarer Anspruch bejaht wurde, auch wertungsmäßig richtig oder zumindest vertretbar entschieden wurden.

II. Die Rechtsbeziehungen im einzelnen

Heute ist es in England und den USA dem Grundsatz nach allgemein anerkannt, daß auf Grund des von einem autorisierten Mittelsmann ab-

1) 1 El.u.El. 622 (630), 120 E.R. 1043 (1046).

geschlossenen Rechtsgeschäftes, auch wenn dieser im eigenen Namen handelte, ein Vertrag zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn zustande kommt[1]; das folgende Zitat zeigt, wie fest diese Regelung verankert ist:

> "No citation of authority is required for the statement that it is the law that the contract of an agent who deals in his own name without disclosing that of his principal is the contract of the principal."[2]

Der Prinzipal kann also unmittelbar den Dritten[3] und dieser umgekehrt direkt den

---

1) Vgl. z.B. außer den alten oben wiedergegebenen Entscheidungen:
England: Browning v. Prov.Ins.Co. of Canada (1873) L.R. 5 P.C. 263 (273, Sir Montague E. Smith); Keighley v. Durant (1901) A.C. 240 (261, Lord Lindlay), H.L.; Fred. Drughorn, Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic (1919) A.C. 203 (206, Viscount Haldane), H.L.; Harmer v. Armstrong (1934) 1 Ch. 65, C.A. (70, Richter Maugham, 1. Instanz; 94 f, Richter Romer, 2. Instanz); Finzel, Berry u. Co. v. Eastcheap Dried Fruit Co. (1962) 1 Ll. L. Rep. 370 (375); Clarkson Booker v. Andjel (1964) 2 Q.B. 775 (794, Richter Russell). Abweichend eine Bemerkung von Richter Crowder in: Cooke v. Wilson (1856) 1 C.B.N.S. 153 (162 ff), 140 E.R. 65, 69; er scheint die Offenkundigkeit als Voraussetzung einer wirksamen Stellvertretung anzusehen.
USA: Ford v. Williams (1858) 21 How. 287, 16 L. ed. 36; Darrow v. N.R. Horne Produce Co. (1893) 57 F. 463; Sullivan v. Shailor (1898) 70 Conn. 733, 40 A. 1054; Bell Grocery Co. v. Letts-Fletcher Co. (1925) 211 Ky. 147, 277 S.W. 295; Dark Tobacco Growers Co-op. Association v. Garth (1927) 218 Ky. 391, 291 S.W. 367; Gordon v. Andrews (1928) 2 S.W.2d 809; Humphrey v. Bussey (1930) 99 Fla. 1249, 128 So. 841; Marr v. Postal Union Life (1940) 105 Pac.2d 649.

2) Richter White in: Marr v. Postal Union Life (1940) 105 Pac.2d 649 (653).

3) Vgl. z.B.:
England: Sims v. Bond (1833) 5 B.u.AD. 393, 110 E.R. 835; Humphrey v. Lucas (1845) 2 Car.u.K. 152, 175 E.R. 64; Dunlop Pneumatik Tyre Co., Ltd. v. Selfridge u. Co. Ltd. (1915) A.C. 847;
USA: Atlanta u. W.P.R. Co. v. Texas Grate Co. (1889) 81 Ga. 602, 9 S.E. 600; Western U.Tel. Co. v. Hicks (1916) 197 Ala. 81, 72 So. 356; Eldridge v. Mowry (1914) 24 Cal.App. 183, 140 Pac. 978; Rest. §§ 302,310.

Prinzipal in Anspruch nehmen[1]. Es gibt allerdings Ausnahmen, in denen eine vertragliche Beziehung zwischen dem undisclosed principal und dem Dritten nicht zustande kommt: man denke z.B. an die Fälle, in denen es dem Geschäftsgegner auf die Person des Vertragspartners ankam, wie z.B. bei der Vereinbarung, eine Operation durchzuführen. Eine Eingrenzung dieser Fälle ist teilweise umstritten; die gesamte Problematik soll im Anschluß an die Rechtsbeziehungen, die bei Zulässigkeit der undisclosed agency gegeben sind, erörtert werden[2].

Die Bejahung einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Geschäftsgegner konnte aber nicht dazu führen, letzterem einen Anspruch gegen den Mittelsmann, den er für seinen alleinigen Vertragspartner hielt, zu versagen, denn

> "it would be a monstrous principle that a person buying an article in his own name and on his own credit could screem himself from liability for payment upon the ground that he had bought it under a secret understanding that he was the agent of a bankrupt"[3].

---

1) Vgl. z.B.:
England: Calder v. Dobell (1871) L.R. 6 C.P. 486; United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association v. Nevill (1887) 19 Q.B. 110; Watteau v. Fenwick (1893) 1 Q.B. 346; Young v. White (1911) 28 T.L.R. 87;
USA: New York u. Charleston Steam-Ship Co. v. Harbison (1883) 16 F. 688 (691 f); Baldwin v. Garrett (1900) 111 Ga. 876, 36 S.E. 966; Mounds v. Boardman Co. (1920) 79 Okla. 90, 191 Pac. 362; Bell v. Borders (1924) 205 Ky. 181, 265 S.W. 514; Union Trust Co. of Maryland v. Rodeman (1936) 22 Wis. 453, 264 N.W. 508; Garbark v. Newman (1952) 155 Neb. 188, 51 N.W.2d 315.

2) s.u.S. 89 ff.

3) So Richter McCurdy in Pierce v. Johnson (1867) 34 Conn. 274, zit. nach Ferson, § 156.

Deswegen kann der Dritte auch nach Aufdeckung der undisclosed agency gegen den Mittelsmann vorgehen und ist nicht verpflichtet, den Geschäftsherrn als seinen Schuldner zu akzeptieren[1]. Umgekehrt kann auch der Mittelsmann, solange der Geschäftsherr nicht in Erscheinung tritt bzw. sein Recht nicht geltend macht[2], von dem Dritten die Leistung verlangen[3]. Auf Grund der einem Case Law System eigentümlichen Abneigung gegenüber einer theoretischen Durchdringung findet sich keine einheitliche Auf-

---

1) Vgl. z.B.:
England: Higgins v. Senior (1841) 8 M.u.W. 834, 151 E.R. 1278; Saxon v. Blake (1861) 29 Beav. 438, 54 E.R. 697; Re Southampton, Isle of Wight and Portsmouth Improved Steam Boat Co. Ltd., Bird's Case (1864) 46 E.R. 894; Dyster v. Randall (1926) 1 Ch. 932 (938);
USA: Lull v. Anamosa Nat. Bank (1900) 110 Ia. 537, 81 N.W. 784; Banjo v. Wacker (1923) 251 S.W. 456; Diacomis v. Wright (1929) 20 S.W.2d 139; Frederic Raff Co. v. Goeben (1932) 116 Conn. 83, 163 A. 462; Hospelhorn v. Poe (1938) 174 Md. 242, 198 A. 582, 118 A.L.R. 682; Saco Dairy Co. v. Norton (1947) 140 Me. 204, 35 A.2d 857; Garbark v. Newman (1952) 155 Neb. 188, 51 N.W.2d 315; The Falkefjell v. Arnold Bernstein Shipping Co. (1955) 223 F.2d 820; Rest. § 322.

2) Short v. Spackman (1831) 2 B.u.Ald. 962, 109 E.R. 1400.

3) Vgl. z.B.:
England: Joseph v. Knox (1813) 3 Camp. 321, 170 E.R. 1357; Richter Bayley in: Sargent v. Morris (1820) 3 B.u.Ald. 277 (280 f), 106 E.R. 665 (666); Gardiner v. Davis (1825) 2 Car.u.P. 49, 172 E.R. 23; Sims v. Bond (1833) 5 B.u.AD. 389, 110 E.R. 834; Cooke v. Wilson (1856) 1 C.B.N.S. 153, 140 E.R. 65; Allen v. F. O'Hearn u.Co. (1937) A.C. 213, (1936) 3 All E.R.828;
USA: Albany u. Rensselaer Iron u.Steel Co. v. Lundberg (1887) 30 L. ed. 982, 7 S.Ct. 958; Atlanta u. W.P.R. Co. v. Texas Grate Co. (1889) 81 Ga. 602, 9 S.E. 600; Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co. (1914) 211 N.Y. 68, 105 N.E. 88; Branch u. Co. v. Riverside u. Dan. River Cotton Mills (1927) 137 S.E. 614; United States, to Use and Benefit of Electric Storage Battery Co., v.Boat Harbor Marine By. Co. (1932) 58 F.2d 366; Rest. § 322.

fassung, wie die Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem agent zu definieren ist. Viele Urteile begnügen sich mit der Feststellung, daß Mittler und Vertragsgegner gegeneinander klagen können. Die Formulierung in der Entscheidung Sims v. Bond[1], daß der Dritte sich bei einer Inanspruchnahme durch den Prinzipal verteidigen könne, "as if the agent had been the contracting party", deutet darauf hin, daß zwischen dem agent und dem Dritten kein Vertrag, sondern allenfalls ein vertragsähnliches Verhältnis angenommen wird. Demgegenüber könnten die Ausführungen in der amerikanischen Entscheidung Gordon v. Andrews[2], die Handlung des Mittlers "binds both principal and agent" dahin auszulegen sein, daß von einer doppelten vertraglichen Beziehung auszugehen ist; das gleiche gilt für folgende Worte:

> "An agent who contracts in his own name for an undisclosed principal does not cease to be a party because of his agency."[3]

Jedenfalls entstehen durch den vom Geschäftsherrn autorisierten Vertragsschluß des Mittelsmannes mit einem Dritten zwei Rechtsbeziehungen: einmal - genau wie bei der offenen Stellvertretung - ein Vertrag zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn und zum anderen - abweichend von der Situation bei der offenen Stellvertretung - zusätzlich eine inhaltsgleiche gegen-

---

1) (1833) 5 B.u.AD. 389 (393), 110 E.R. 835.

2) (1928) 2 S.W.2d 809.

3) Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co. (1914) 211 N.Y. 68, 105 N.E. 88 (89); s. auch: Pennsylvania Co. for Insurances on Lives u. Granting Annuities v. Clark (1941) 340 Pa. 433, 18 A.2d 807; ebenso Rest. § 322.

seitige Verpflichtung zwischen dem Dritten und dem Mittelsmann. Es liegt auf der Hand, daß dieses Dreiecksverhältnis in der praktischen Handhabung die verschiedensten Probleme aufwirft, die im folgenden dargestellt werden sollen.

Vorab sei aber noch kurz angemerkt, daß die Annahme einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung zwischen dem Dritten und dem undisclosed principal nicht dazu geführt hat, parallel dazu immer auch einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn zu bejahen. Jedenfalls dann, wenn der Prinzipal dem agent noch nicht den Kaufpreis gezahlt hat, wird der Mittler Eigentümer, allerdings in treuhänderischer Gebundenheit gegenüber dem Geschäftsherrn. Der Mittler wird zum sogenannten "trustee" für den undisclosed principal (dieser erlangt damit die Funktion eines sogenannten "cestui que trust")[1].

---

1) Lees v. Nuttall (1829) Tamlyn 282, 48 E.R. 112; (1834) 2 My.u.K. 284, 819, 39 E.R. 952, 1157; Austin v. Chambers (1837) 6 Cl.u.Fin. 1, 7 E.R. 598; Sir Gifford in: Burdick v. Garrick (1870) 5 Ch. App. 233 (243); Chattock v. Muller (1876) 8 Ch. D. 177; Lord Macnaghten in: Lyell v. Kennedy (1889) 14 A.C. 437 (463); Henry v. Hammond (1913) 2 K.B. 515; Pallant v. Morgan (1953) Ch. 43; Ames, 18 Yale L.J. (1909) 444; Dowrick, 17 M.L.R. (1954) S. 39. Auch in einigen Entscheidungen, in denen es um die obligatorischen Rechtsbeziehungen ging, wird der Mittler als "agent and trustee" bezeichnet (Isberg v. Bowden (1853) 8 Exch. 852, 155 E.R. 1599; Robinson v. Rutter (1855) 4 El.u.Bl. 954, 119 E.R. 355; Banker v. Jarvis (1903) 1 K.B. 549 (551); vgl. auch das Urteil Harmer v. Armstrong (1934) 1 Ch. 65, C.A.; in der Entscheidung Pople v. Evans (1969, 2 Ch. 255) wurde differenziert: der Mittler sei zwar gegenüber dem Geschäftsherrn als trustee anzusehen, nicht aber "vis-a-vis" dem Dritten-: deswegen könne der Dritte sich gegenüber einer Leistungsklage des Geschäftsherrn nicht mittels des Einwandes "res iudicata", gestützt auf eine vorangegangene abgewiesene Klage des Mittlers, verteidigen.

Die Qualifizierung als Treugut führt im Verhältnis zwischen dem Prinzipal und den Gläubigern des Mittlers zu demselben Ergebnis wie die Direktberechtigung im obligatorischen Bereich: das Treugut steht dem Zugriff der Gläubiger nicht offen[1]. Wenn aber der Kaufpreis dem Mittler vorab zur Verfügung gestellt wurde, läßt die englische Entscheidung Harris v. Truman[2] die Neigung erkennen, und das amerikanische Urteil Kemper v. Dillard[3] spricht sich klar dafür aus, einen direkten Eigentumsübergang auf den Geschäftsherrn anzunehmen.

---

1) England: Bankruptcy Act (1914) Nr. 38 (1); nach der sog. "reputed ownership clause" können die Gläubiger zwar auf alle Güter zugreifen, welche der Gemeinschuldner mit Zustimmung des Eigentümers, "under such circumstances that he is the reputed owner thereof, .." in Besitz hat. (Bankruptcy Act (1914) Nr. 38 c) Auf Grund der gesetzlichen Stellung der "reputed ownership clause" - sie folgt der Bestimmung über die Behandlung des Treugutes nach - könnte man geneigt sein, sie als lex specialis zu verstehen. Damit wäre die Vorschrift über die Behandlung des Treugutes weitgehend aufgehoben. Die Rechtsprechung läßt allerdings eine Tendenz erkennen, einen trustee nicht als "reputed owner" anzusehen (L'Apostre v. Le Plaistrier (1708) 2 EQ. CA. ABR. 113, 22 E.R. 96; Lord Selborne in: Great Eastern Railway Co. v. Turner (1872) 8 Ch.App. 149 (151 f); Harris v. Truman (1882) 9 Q.B. 264; diese Entscheidungen sind zwar vor Erlaß des Bankruptcy Act (1914) ergangen, können aber dennoch verwertet werden. Denn auch dieses Gesetz stellt, wie viele anglo-amerikanischen Vorschriften, nur die Festschreibung einer Rechtsregel dar, die sich schon vorher in der Rechtsprechung herausgebildet hat).

2) (1882) 9 Q.B. 264.

3) (1907) 100 Tex. 505, 101 S.W. 437; vgl. auch Brookfield v. Neely (1931) 133 So. 529.

A. Die Problematik der Alternativverpflichtung des Undisclosed Principal und des Agent

Es wurde bereits dargelegt, daß der Dritte sowohl den agent als auch den undisclosed principal als seinen Schuldner belangen kann. Da aber der Geschäftsgegner keine zweifache Befriedigung verlangen kann, ergibt sich das Problem, wie und wann dieses doppelte Forderungsrecht endet. Diese Frage taucht immer dann auf, wenn der von dem Dritten ursprünglich ins Auge gefaßte Schuldner leistungsunfähig geworden ist oder aber seine Leistungsunfähigkeit droht. Zur Verdeutlichung der Problematik seien einige Beispiele angeführt, in denen jeweils entschieden werden muß, ob die Alternativberechtigung des Dritten noch fortbesteht: der Geschäftsgegner hat die ihm verkaufte Ware dem Mittelsmann (bzw. dem Geschäftsherrn) in Rechnung gestellt; dem Prinzipal (oder dem agent) ist schon eine Rechnung übersandt worden; der Geschäftsgegner hat von dem Mittler (oder von dem Geschäftsherrn) einen Wechsel angenommen; er hat bereits gerichtliche Schritte gegen einen von beiden eingeleitet; einer ist bereits rechtskräftig zur Leistung verurteilt worden; macht es einen Unterschied, ob der Dritte vor oder nach Erlaß eines Urteils gegen den agent Kenntnis von der Existenz des undisclosed principal erhalten hat?

Die h.M. geht davon aus, daß dem Dritten ein Wahlrecht zusteht, ob er den agent oder den

undisclosed principal in Anspruch nehmen will[1]. Hat er sich für den Mittelsmann oder den Geschäftsherrn als Schuldner entschieden, kann er nachträglich nicht mehr gegen den anderen vorgehen. Der Dritte muß das Wahlrecht allerdings, will er seine Alternativberechtigung nicht verlieren, innerhalb einer "reasonable time", nachdem er von der Existenz des undisclosed principal erfahren hat, ausüben[2]. In Smethurst v. Mitchell[3] wurde ein Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn abgelehnt,

---

1) England: Paterson v. Gandasequi (1812) 15 East, 62, 104 E.R. 768; Richter Littledale in Thomson v. Davenport (1829) 9 B.u.C. 78 (90), 109 E.R. 30 (34); MacClure v. Schemeil (1871) 20 W.R. 168; Curtis v. Williamson (1874) L.R. 10 Q.B. 57 (59), 31 L.T. 678; Scarf v. Jardine (1882) 7 A.C. 345; Richter Atkin in: Moore v. Flanagan (1920) 1 K.B. 919 (928); London General Omnibus Co. Ltd. v. Pope (1922) 38 T.L.R. 270; Lord Atkin in: United Australia, Ltd. v. Barclays Bank Ltd. (1941) A.C. 1 (30); Clarkson Booker v. Andjel (1964) 2 Q.B. 775;
USA: Steele-Smith Grocery Co. v. Potthast (1899) 109 Ia. 413, 80 N.W. 517; Daggett v. Champlain Mfg. Co. (1899) 71 Vt. 370, 45 A. 755; Atlas S.S. Co. Ltd. v. Columbian Land Co. (1900) 102 F. 358; Mississippi Valley Constr. Co. v. Chas.T. Abeles u. Co. (1908) 87 Ark. 374, 112 S.W. 894; Murphy v. Hutchinson (1909) 93 Miss. 643, 48 So. 178; Love v. St. Joseph Stock Yards Co. (1917) 51 Utah 305, 169 Pac. 951; Georgi v. Texas Co. (1919) 225 N.Y. 410, 122 N.E. 238; Bell v. Borders (1924) 205 Ky. 181, 265 S.W. 514; Harris v. McKay (1924) 138 Va. 448, 122 S.E. 137, 32 A.L.R. 156; Dietrich v. United States Shipping Board E.F. Corp. (1925) 9 F.2d 733; Bell Grocery Co. v. Letts-Fletcher Co. (1925) 211 Ky. 147, 277 S.W. 295; Hatley Mfg. Co. v. Smith (1929) 154 Miss. 846, 123 So. 887.

2) England: Smethurst v. Mitchell (1859) 1 El. u. El. 622, 120 E.R. 1043; Curtis v. Williamson L.R. (1874) 10 Q.B. 57 (59), 31 L.T. 678;
USA: Mississippi Valley Constr. Co. v. Chas.T. Abeles u. Co. (1908) 87 Ark. 374, 112 S.W. 894.

3) (1859) 1 El. u. El. 622, 120 E.R. 1043.

weil der Dritte erst neun Monate nach Kenntniserlangung Klage gegen den undisclosed principal erhoben hatte.

Neben dieser unsicheren zeitlichen Abgrenzung bereitet aber auch die Grundfrage, ob der Dritte seine Wahl getroffen hat, in der Regel deswegen Schwierigkeiten, weil es an einer ausdrücklichen Erklärung zumeist fehlen wird. Denn damit ergibt sich das Problem, welche Indizien als Ausdruck einer bindenden Wahl angesehen werden können. Die Tendenz der Rechtsprechung geht dahin, die Anforderungen an eine solche bindende Entscheidung sehr hoch zu schrauben. Sollte es zunächst schon als Ausdruck einer "election" gelten, wenn der Dritte die Forderung dem Mittler in Rechnung gestellt hatte[1], so wurde dies später nicht mehr als eine bindende Wahl angesehen[2]. Das gleiche gilt für die an einen der beiden potentiellen Schuldner gerichtete Leistungsaufforderung[3]. Ebensowenig reicht es aus, wenn der Dritte Wechsel oder Schecks angenommen hat; auch in dieser Situation kann er noch gegen den anderen vorgehen[4]. Die Geltendmachung der Forderung im Konkurs des Mittlers wurde demgegenüber als eine endgültige Wahl angesehen[5]. Anders entschied man

---

1) Paterson v. Gandasequi (1812) 15 East, 62 (70), 104 E.R. 768.

2) Eastman v. Harry (1875) 33 L.T. 800; Young v. White (1911) 28 T.L.R. 87.

3) Richter Bovill in: Calder v. Dobell (1871) L.R. 6 C.P. 486 (491); Beighteil and Young v. Stewart (1900) 16 T.L.R. 177; Union Trust Co. of Maryland v. Rodeman (1936) 22 Wis. 453, 264 N.W. 508.

4) Robinson v. Read (1829) 9 B.u.C. 449, 109 E.R. 167; The Huntsman (1894) 70 L.T. 386.

5) MacClure v. Schemeil (1871) 20 W.R. 168.

den Fall, in dem ein Angestellter des Dritten ohne Wissen seines Arbeitgebers die Forderung zum Konkurs des agent angemeldet hatte[1]. Auch die Annahme einer Teilleistung durch den Dritten von dem agent soll ein Vorgehen gegen den Prinzipal nicht hindern[2].

Der Schwerpunkt der Auseinandersetzung bezüglich der Beendigung der Alternativverpflichtung liegt aber bei der Frage, ob und wann eine gerichtliche Geltendmachung, insbesondere wenn ein Urteil ergeht, das Wahlrecht beendet und zu einer Beschränkung auf die beklagte Person führt. Während in der Aufnahme eines Prozesses noch keine bindende Entscheidung gesehen wird[3] (obwohl es sich um ein starkes Indiz für die Ausübung einer Wahl handele[4]), soll dies bei einem Urteil wohl der Fall sein. Dabei geht die englische Rechtsprechung unter Zustimmung eines Großteils der Literatur soweit, eine Ausschlußwirkung selbst dann anzunehmen, wenn ein Urteil des Dritten gegen den agent erging, bevor der Dritte Kenntnis von der

---

1) Curtis v. Williamson (1874) L.R. 10 Q.B. 57, 31 L.T. 678.

2) Ex parte Pitt (1923) 40 T.L.R. 5, C.A.

3) England: Clarkson Booker v. Andjel (1964) 2 Q.B. 775; USA: Steele-Smith Grocery Co. v. Potthast (1899) 109 Ia. 413, 80 N.W. 517; Daggett v. Champlain Mfg. Co. (1899) 71 Vt. 370, 45 A. 755; Gavin v. Durden Coleman Lumber Co. (1918) 229 Mass. 576, 118 N.E. 897.

4) Clarkson Booker v. Andjel a.a.O.

Existenz des Prinzipals erlangt hatte[1].

Da man aber bei einer Unkenntnis bezüglich der Wahlmöglichkeit nicht von einer Wahl des Dritten sprechen kann[2], wird eine andere Begründung angeführt. Ausgehend von der Annahme, daß nur eine Forderung des Dritten bestehe, wird darauf hingewiesen, daß das Recht keine zwei Urteile in derselben Sache zulassen könne; deswegen gehe der Anspruch gegen den Prinzipal im Urteil gegen den agent

---

1) Priestly v. Fernie (1865) 3 H.u.C. 977, 159 E.R. 820; Hammond v. Schofield (1891) 1 Q.B. 453; Richter Russell in Clarkson Booker v. Andjel (1964) 2 Q.B. 795; zustimmend auch Reynolds (86 L.Q.R. (1970) S. 318), der die Wahlrechtstheorie in ihrer üblicherweise vertretenen Form ablehnt. Entscheidend sei nicht, ob der Dritte den agent oder den Prinzipal auswähle; der Dritte sei nur dann gehindert, den jeweils anderen zu belangen, wenn er erklärt habe, gegen diesen nicht vorgehen zu wollen und wenn dieser bei einer trotzdem vorgenommenen Inanspruchnahme Schaden erleiden würde.

2) Gerade auch die Urteilsfälle bilden einen Grund, warum die Wahlrechtstheorie vielfach sehr kritisch betrachtet wird; man bezeichnet sie als eine "peculiar rule" (Stoljahr, S. 216) als "unbending and indiscriminating" (Lord Penzance in seiner dissenting opinion in: Kendall v. Hamilton (1879) 4 A.C. 530) als eine "harsh doctrine, resting at most on a rather barren logic" (One Steamship Corp. v. Hassel (1943) 137 F.2d 326, 330) und als "obscure" (Treitel, S. 649); die Wahlrechtsproblematik ist in der Literatur (insbesondere in der amerikanischen) vielfach diskutiert worden; vgl. z.B.: Mechem, 23 Harv. L.R. (1909/10) S. 590 ff; Deinard und Deinard, 6 Minn. L.R. (1922) 480 ff; Note: 22 Col.L.R. (1922) 474 ff; Clayton, 3 Tex. L. Rev. (1925) S. 384 ff; Sears, 22 Ill. L. Rev. (1927) S. 181 ff; Note: 39 Yale L.J. (1929) S. 265 ff; McCarthy, 7 N.Y. L.Q. Rev. (1930) S. 957 ff; Merrill, 12 Neb. L. Bull. (1933) 100 ff; Stecher, 7 Miss. L.J. (1935) S. 466 ff; Note: 24 Ind. L.J. (1949) S. 446 ff; Heyler, 39 Cal. L.R. (1951) S. 409 ff; Note: 24 Mich. L.R. (1926) 298 f; Reynolds, 86 L.Q.R. (1970) 318 ff; Ferson, § 172; Mechem, § 160; Williston, § 289; Stoljahr, S. 216 ff; Powell, S. 268 ff.

auf, bzw. umgekehrt (theory of merger)[1]. Zudem führe nach einem Urteil gegen den agent ein weiteres gegen den Prinzipal zu einer "fresh liability" desselben, da er ja schon wegen des ersten Urteils dem agent gegenüber verpflichtet sei[2].

Anders als in England wird in den USA ein Urteil, welches erging, bevor der Dritte Kenntnis von der Existenz bzw. von der Funktion des Prinzipals erlangte, allgemein nicht als Hinderungsgrund für ein späteres Vorgehen gegen den Prinzipal angesehen[3]. Hier besteht der Streit nur darin, ob man einer Entscheidung, welche nach Aufdeckung der undisclosed agency erlassen wurde, eine Sperrwirkung beimessen soll. Die überwiegende Rechtsprechung[4] und §§ 210 Abs. 1, 337 des Rest. lassen eine neue Klage in die-

---

1) Zuerst tauchte dieser Gedanke in der Entscheidung King v. Hoare (1849) 13 M.u.W. 494, 155 E.R. 206, auf; vgl. des weiteren: Priestly v. Fernie (1865) 3 H.u.C.983, 159 E.R. 820; Kendall v. Hamilton (1879) 4 A.C. 515; Moore v. Flanagan (1920) 1 K.B. 925 f; Richter Willmer in Clarkson Booker v. Andjel (1964) 2 Q.B. 793.

2) Priestly v. Fernie (1865) 3 H.u.C. 977, 159 E.R. 820.

3) Greenburg v. Palmieri (1904) 71 N.J.L. 83, 58 A. 297; Lindquist v. Dickson (1906) 98 Minn. 369, 107 N.W. 958, 6 LRA, NS 729, 8 Ann. Cas. 1024; Gavin v. Durden Coleman Lumber Co. (1918) 229 Mass. 576, 118 N.E. 897; Georgi v. Texas Co. (1919) 225 N.Y. 410, 122 N.E. 238; Old Ben Coal Co. v. Universal Coal Co. (1929) 248 Mich. 486, 227 N.W. 794; Berennan v. Huber (1934) 171 A. 122; Eckstein v. Caldwell (1938) 200 A. 434, 119 A.L.R. 1311; Rest. § 210 Abs. 2.

4) Kingsley v. Davis (1870) 104 Mass. 178; Codd Co. v. Parker (1903) 97 Md. 319, 55 A. 623; Murphy v. Hutchinson (1909) 93 Miss. 643, 48 So. 178; Phillips v. Roaker (1916) 134 Tenn. 457, 184 S.W. 12; Lears v. Cella (1916) 186 S.W. 1150; Georgi v. Texas Co. (1919) 225 N.Y. 410, 122 N.E. 238; McDevitt v. Chas. Corriea u. Bros. (1925) 70 Cal.App. 245, 233 Pac. 381; Klinger v. Modesto Fruit Co. (1930) 107 Cal.App. 97, 290 Pac. 127; Pittsburgh Terminal Coal Corp. v. Bennett (1934) 73 F.2d 387.

sem Falle nicht zu[1]. Eine Mindermeinung in der Rechtsprechung[2] und die Literatur[3] sind der Meinung, daß nur eine tatsächliche Befriedigung des Dritten eine neue Klage verhindert. So formuliert auch ein New Yorker Gesetz aus dem Jahre 1939 im Gegensatz zu § 210 des Rest.:

> "where rights of action exist against an agent and his undisclosed principal, the institution or maintenance, after disclosure of the principal of an action against either, or the recovery of a judgement against either which is unsatisfied, shall not be deemed an election of remedies which bars an action against the other"[4].

---

1) In der Kommentierung zu § 210 und im Com. a) zu § 186 werden allerdings Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung angemeldet. § 186 Com. a): "Neither the American nor English courts give reasons, aside from authority, why the third person should not have a right to two judgements, one based on the agreement itself, the other based on the contract created by law upon the agreement."

2) Joseph Denunzio Fruit Co. v. Crane (1948) 79 F. Supp. 117 Nr. 36, die Entscheidung ist auch abgedruckt in 89 F. Supp. 962, 188 F.2d 569, dort fehlen aber die hier interessierenden Passagen; Joseph Melnick Bldg. u. Loan Association v. Melnick (1949) 361 Pa. 328, 64 A.2d 773.

3) Williston, § 289 S. 363; Ferson, §§ 170 f; Mechem, § 160; Heyler, 39 Cal. L.R. (1951) S. 409 ff; Merrill, 12 Neb. L. Bull. (1933) 100, 123 ff; Note: 52 Harv. L.R. (1938/39) 1371 f; Seavey (Studies), S. 330 wendet sich gegen die Gleichbehandlung eines Urteils gegen den Mittler bzw. eines solchen gegen den Geschäftsherrn durch das Rest. und die entsprechende Meinung der Rechtsprechung; es sei nicht einzusehen, daß der Mittler durch ein Urteil gegen den Geschäftsherrn befreit werde, da der Dritte auf diese Weise eines vertraglichen Anspruches beraubt werde "which he was aware of at the time of the transaction".

4) N.Y. Civ. Prac. Act § 112 - b, Chap. 128.

B. Die Alternativberechtigung des Agent und des Undisclosed Principal

Gehört die gerade behandelte Alternativverpflichtung von Mittler und Geschäftsherr zu den im anglo-amerikanischen Rechtskreis meist diskutierten Problemen, so liegt die Grundsituation bezüglich der Konkurrenz der Gläubigerstellung von agent und Prinzipal verhältnismäßig einfach. Wenn der Prinzipal nicht in Erscheinung tritt - worin oft der Sinn liegt, warum die Konstruktion der mittelbaren Stellvertretung gewählt wird - dann wickelt nur der Mittler das Schuldverhältnis ab, macht also auch die Rechte eines Gläubigers des Dritten geltend. Die Berechtigung des agent findet aber dann ein Ende, wenn der undisclosed principal sich zu erkennen gibt und zur Leistung an ihn selbst auffordert[1]. Als Beispiel sei die Entscheidung Sadler v. Leigh[2] angeführt. Dort wurde es als ausreichend angesehen, wenn der Geschäftsherr mit dem Dritten Kontakt aufgenommen und ihm mitgeteilt hatte, daß er ihn als seinen Schuldner betrachte. Durch diese Intervention des Geschäftsherrn sei das Klagerecht des Mittlers erloschen.

Gerade diese Möglichkeit des Geschäftsherrn, durch ein unmittelbares Vorgehen gegen den Dritten den mit einer Zwischenschaltung des Mittlers verbundenen Risiken auszuweichen,

---

1) England: Atkinson v. Cotesworth (1825) 3 B.u.C. 647, 107 E.R. 873; Sadler v. Leigh (1815) 4 Camp. 195, 171 E.R. 63; Gardiner v. Davis (1825) 2 Car.u.P. 49, 172 E.R. 23;
USA: Rhoades v. Blackiston (1871) 106 Mass. 334, 8 Am. Rep. 332; Miller v. Ziedrich (1953) 199 Or. 505, 263 Pac.2d 611.

2) a.a.O.

bildete den Hauptgrund für die Herausbildung der undisclosed agency.

C. Einzelprobleme in der Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Agent

1. Der Anspruch des Dritten gegen den Agent

Der Anspruch des Dritten gegen den agent unterliegt der Beschränkung, die sich aus der oben geschilderten Wahlrechtsproblematik ergibt. Je nachdem welcher Meinung man dort folgt, verliert der Dritte seinen Anspruch gegen den agent durch eine entsprechende Wahl, nur den undisclosed principal zu belangen, durch ein zusprechendes Urteil gegen den undisclosed principal oder nur dann, wenn die Forderung des Dritten durch den undisclosed principal befriedigt worden ist.

Wenn der Mittler von dem Dritten in Anspruch genommen wird, kann er sich nicht auf sein Verhältnis zu dem Geschäftsherrn berufen. Es ist dem agent also beispielsweise verwehrt, bei einem Kauf dem Zahlungsverlangen des Dritten mit dem Hinweis darauf zu begegnen, daß der undisclosed principal ihm das benötigte Geld noch nicht zur Verfügung gestellt habe. Denn wenn man diesen Einwand zuließe, würde gerade das eintreten, was durch die Einräumung der alternativen Gläubigerstellung an den Dritten verhindert werden sollte: dem Dritten würde damit das Insolvenzrisiko des ihm möglicherweise völlig unbekannten Ge-

schäftsherrn, auf dessen Leistungsfähigkeit er vielleicht niemals vertraut hätte, aufgebürdet. Schon aus der Zulassung der alternativen Gläubigerstellung ergibt sich somit, daß der Mittler sich gegenüber dem Dritten nicht auf sein Verhältnis zu dem Geschäftsherrn berufen kann.

2. Der Anspruch des Agent gegen den Dritten[1)]

a) Die Gläubigerstellung des Agent

Es wurde bereits dargelegt, daß die Gläubigerstellung des Mittlers ihre Einschränkung durch das mögliche Einschreiten des Geschäftsherrn erfährt. Es stellt sich aber die Frage, ob diese Regelung die Interessen des Mittlers berücksichtigt. Die Direktberechtigung des undisclosed principal unter Umgehung des Mittlers scheint zu verhindern, daß dieser sich wegen seiner Ansprüche, die ihm im Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn gegen diesen entstehen, an die Forderung gegen den Dritten halten kann. Wenigstens in den Fällen eines Auftragsverkaufs

---

1) Mit diesem Anspruch haben sich Rechtsprechung und Literatur nur recht selten beschäftigt. Dies mag daran liegen, daß entweder das Rechtsgeschäft nur zwischen dem Mittler und dem Dritten abgewickelt wird, ohne daß der Dritte Kenntnis von der Existenz des Hintermannes erlangte - dann wird das Rechtsgeschäft nach der üblichen Vertragslehre beurteilt, ohne daß sich ein Anlaß für eine Sonderbehandlung bietet; oder der Geschäftsherr tritt in Erscheinung und macht dann aber auch die Gläubigerrechte selber geltend. Dies hat zur Folge, daß die Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Mittler nur noch insoweit von Interesse ist, als der Dritte sich gegenüber der Inanspruchnahme durch den Geschäftsherrn auf Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Mittler berufen will (vgl. dazu u.S.51ff).

ist dem Mittler aber ein Hilfsmittel an die Hand gegeben, dies zu verhindern. Jeder agent, also auch derjenige, der für einen undisclosed principal tätig wird, erwirbt für alle Forderungen, die ihm aus seinem Auftragsverhältnis gegen den Prinzipal erwachsen, ein sogenanntes "lien" (eine Art Sicherungsrecht)[1]. Dieses erstreckt sich auf alle in seinen Besitz gelangten Gegenstände des Prinzipals, aber auch auf die Surrogate, wie den Erlös oder die Kaufpreisforderung[2] (bei einem Einkauf des Mittlers kann also kein lien entstehen).

Das lien hat zur Folge, daß - soweit es reicht - die Berechtigung des agent vorgeht und nicht vom undisclosed principal verdrängt werden kann[3] (es liegt auf der Hand, daß dies in den Verkaufsfällen sehr häufig zu einer Einschränkung der Forderungsberechtigung des undisclosed principal führen kann).

Diese Ausnahme von dem grundsätzlichen Vorrang

---

1) England: Drinkwater v. Goodwin (1775) 1 Cowp. 251, 98 E.R. 1070; Houghton v. Matthews (1803) 3 Bos. u. Pul. 485, 127 E.R. 263; Sargent v. Morris (1820) 3 B.u.Ald. 277, 106 E.R. 665;
USA: Muller v. Pondir (1873) 55 N.Y. 325; Rest. § 464; 3 Am. Jur.2d § 242.

2) Drinkwater v. Goodwin a.a.O.; Houghton v. Matthews a.a.O.; Robinson v. Rutter (1855) 4 El.u.Bl. 954, 119 E.R. 355.

3) England: Burdett v. Willett (1708) 2 Vern. 638, 23 E.R. 1017 (in dieser Entscheidung ist noch nicht von einem lien die Rede, sondern nur von der Provision des Factors, s.o.S. 7); Sargent v. Morris a.a.O.; Fridman, S. 212; Powell, S. 274;
USA: Rhoades v. Blackiston (1871) 106 Mass. 334, 8 Am. Rep. 332; Rest. § 302 Com. c.

des Geschäftsherrn vor dem Mittler stellt auch sicher, daß die Vermögenssubstanz des Mittlers, die seinen Gläubigern haftet, durch den Verkauf einer fremden Sache nicht vermindert werden kann.

b) Die Einwendungen des Dritten

Wenn der Mittler gegen den Dritten vorgeht, stellt sich die Frage, ob dieser sich auch auf Einwendungen berufen kann, die er aus seinem Verhältnis zu dem Geschäftsherrn ableitet. Sicherlich kann der Dritte, wenn er Kenntnis von der Existenz eines undisclosed principal erlangt, dieser aber nicht den Dritten zur Leistung aufgefordert hat, eine Inanspruchnahme durch den agent nicht dadurch abwehren, daß er darauf hinweist, der Mittler sei in Wirklichkeit nur ein agent und deswegen nicht sein Gläubiger.[1] Andererseits kann sich der Dritte auf eine Täuschung durch den Geschäftsherrn - ohne daß gleichzeitig eine Täuschung durch den Mittler vorliegt - auch gegenüber dem agent berufen, da es anderenfalls dem Geschäftsherrn über die ihm gegenüber bestehende Verpflichtung des agent möglich wäre "to reap the fruits of his own fraud"[2].

---

1) England: Sadler v. Leigh (1815) 4 Camp. 195, 171 E.R. 63; Sargent v. Morris (1820) 3 B.u.Ald. 277, 106 E.R. 665; Gardiner v. Davis (1825) 2 Car.u.P. 49, 172 E.R. 23; Short v. Spackman (1831) 2 B.u.Ald. 962, 109 E.R. 1400; Cooke v. Wilson (1856) 1 C.B.N.S. 153, 140 E.R. 65; USA: Rhoades v. Blackiston (1871) 106 Mass. 334, 8 Am. Rep. 332.

2) So Richter Diplock in:Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure and Fairclough Ltd. (1966) 1 Q.B. 650 (679); vgl. auch die ähnlichen Ausführungen des Richters Megaw in erster Instanz (a.a.O., S. 656); ebenso die amerikanische Entscheidung Holden v. Rutland Co. (1901) 73 Vt. 317, 50 A. 1096.

Im übrigen wird man bezüglich der Einwendungen des Dritten aus seinem Verhältnis zum Geschäftsherrn danach unterscheiden müssen, ob dem Mittler ein lien zusteht (a) oder nicht (b).

(a) In der bereits oben[1] in ihren Grundzügen wiedergegebenen Entscheidung Drinkwater v. Goodwin[2] wurde festgestellt, daß der Dritte dann nicht mit befreiender Wirkung an den Geschäftsherrn leisten kann, wenn dem Mittler ein lien an der Forderung zusteht. Auch eine Aufrechnung des Dritten mit einer Forderung gegen den Geschäftsherrn könne er dem Mittler bei einer solchen Situation nicht entgegenhalten. In dem Urteil Robinson v. Rutter[3] wurde ebenfalls angemerkt, daß die Leistung an den Geschäftsherrn den Dritten gegenüber dem agent dann nicht befreie, wenn der agent ein lien besitzt.

(b) Wenn dem Mittler kein Sicherungsrecht zusteht, wird in der Literatur - soweit man sich überhaupt mit dem Problemkreis beschäftigt - zumeist davon ausgegangen, daß der Dritte sich auf Einwände aus seinem Verhältnis zu dem Geschäftsherrn berufen könne[4]

---

1) s.o.S. 11 f.

2) (1775) 1 Cowp. 251, 98 E.R. 1070.

3) (1855) 4 El.u.Bl. 956, 119 E.R. 355.

4) Wilshere, S. 91; Benjamin, S. 798; vgl. auch Bowstead, S. 402 f; speziell zur Aufrechnung: Powell, S. 275; Fridman, S. 202; Müller-Freienfels, RabelsZ 17 (1952) S. 595; Williams, 23 Can. B.R. (1945) S. 409 Fn. 58 (4); Rest. §§ 368 Com. d, Illust. 3; 370 Illust. 1.

(Goodhart und Hamson sprechen allerdings bezüglich der Aufrechnung von einer "very vexed question"[1]). Vielfach wird allerdings eine Ausnahme gemacht: der Dritte könne sich gegenüber einer Inanspruchnahme durch den Mittler nicht darauf berufen, daß der Geschäftsherr den Vertrag "renounced" habe[2]; als Beleg stützt man sich auf die Entscheidung Short v. Spackman[3]. Dies ist aber zumindest mißverständlich. Denn in dieser Entscheidung hatte der Geschäftsherr sich nicht an den Dritten gewandt, sondern nur dem Mittler zu verstehen gegeben, daß er an der Durchführung des Vertrages kein Interesse mehr habe. Eine Berufung des Dritten, der von der Existenz des Geschäftsherrn erfahren hatte, auf diesen Umstand wurde abgelehnt. Da sich der Geschäftsherr hier nur an den agent gewandt hatte, kann dieses Urteil nicht als Beleg dafür dienen, daß der Dritte sich auf eine entsprechende Erklärung des Prinzipals auch dann nicht berufen könne, wenn sie ihm gegenüber abgegeben worden wäre[4].

Die englische Rechtsprechung nimmt nur vereinzelt zu der Problematik Stellung. In dem Urteil Pople v. Evans[5] findet sich zwar die Bemerkung, die Berechtigung des agent gegenüber dem Dritten sei "subject to any settlement with the principal"; der Argumentwert

---

1) 4 Cam. L.J. (1932) S. 349 Fn. 18 b.

2) So z.B.: Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co. (1914) 211 N.Y. 68, 105 N.E. 88; Halsbury, Rdz. 864; Williston, § 293 S. 373 Fn. 15.

3) (1831) 2 B.u.Ald. 962, 109 E.R. 1400.

4) So auch Hancock, 1 U. Toronto L.J. (1934) S. 180.

5) (1969) 2 Ch. 255 (261 f).

dieser Bemerkung wird jedoch dadurch gemindert, daß sie nur beiläufig gemacht wird. Aufschlußreicher sind einige ältere Entscheidungen.

Dem bereits oben angesprochenen Urteil Drinkwater v. Goodwin lag auch ein Fall zu Grunde, in dem dem Mittler ein Sicherungsrecht zustand. Es findet sich aber eine Bemerkung, die Rückschlüsse zuläßt auf die Situation, wenn ein solches Recht nicht gegeben ist. Es wird dargelegt, daß der Dritte gegenüber einer Inanspruchnahme durch den agent nicht mit einer Forderung gegen den Geschäftsherrn aufrechnen könne,"denn der Geschäftsherr selber könne dies auch nicht, es sei denn, er schulde dem Factor nichts". Daraus kann geschlossen werden, daß dann, wenn der Geschäftsherr dem Factor nichts schuldig ist, also diesem auch kein lien zusteht, sowohl der Geschäftsherr gegenüber dem Dritten als auch dieser umgekehrt gegenüber dem Geschäftsherrn aufrechnen kann.

In dem Sachverhalt des Urteils Atkinson v. Cotesworth[1] hatte der Dritte die Leistung an den Geschäftsherrn erbracht. Die Klage des Mittlers gegen den Dritten wurde abgewiesen, da der agent kein lien gehabt habe, der Einwand des Dritten wurde also berücksichtigt.

Das Urteil Isberg v. Bowden[2] läßt eine Aufrechnung des Dritten gegenüber dem Mittler mit einer Forderung gegen den Geschäftsherrn unter Hinweis auf folgenden alten Grundsatz

---

1) (1825) 3 B.u.C. 647, 107 E.R. 873.

2) (1853) 8 Exch. 852, 155 E.R. 1599.

nicht zu:

> "That where there are mutual debts between the plaintiff and the defendant one debt may be set against the other."

Es sei nicht nur eine "mutual debt" erforderlich, diese müsse auch zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestehen. Hier sei jedoch keine Schuld des Klägers (agent) gegenüber dem Dritten zu erblicken. Dieses Gesetz scheint aber durch den "Judicature Act" aufgehoben worden zu sein[1].

In Robinson v. Rutter[2] geht Lord Campbell in einem nicht entscheidungserheblichen Exkurs auf die Situation ein, in der ein Factor Aufwendungen bezüglich der Verkaufsware gehabt hatte, und führt dazu aus:

> ".... to an action for goods sold and delivered by a factor it surely could be no answer merely to say that the plaintiff sold them as factor, and that the defendant had paid the principal before action brought."

Obgleich hier ausdrücklich nur von der Unzulässigkeit einer Einwendung bei bestehendem Sicherungsrecht die Rede ist, deutet diese Bemerkung doch an, daß bei Fehlen eines solchen Sicherungsrechtes die Einwendung zulässig sein könnte.

Die vorstehenden Urteile bieten zwar keine erschöpfende Behandlung der Problematik, legen aber dennoch den Schluß nahe, daß der Dritte

---

1) So Müller-Freienfels, RabelsZ 17 (1952) S. 595, unter Bezug auf Banker v. Jarvis (1903) 1 K.B. 549 und Manley v. Berkett (1912) 2 K.B. 329; in letzterem Urteil bezeichnet Richter Bankes die Grundlage, auf der Isberg v. Bowden entschieden wurde, als "the old system".

2) (1855) 4 El.u.Bl. 957, 119 E.R. 356.

sich gegenüber dem Mittler auf Einwände aus seinem Verhältnis zu dem Geschäftsherrn berufen kann, wenn der agent kein lien besitzt[1]. In den wenigen amerikanischen Urteilen, die sich mit der Problematik beschäftigen, wird dies ausdrücklich festgestellt[2].

Was eine Aufrechnung angeht, so fällt es an sich schwer einzusehen, warum der Dritte sich seiner Verpflichtung gegenüber dem von ihm frei gewählten Vertragspartner dadurch entziehen können soll, daß er auf die Schuld einer Person (des Geschäftsherrn) verweist, von dessen Beteiligung an dem Rechts-

---

1) Vielfach wird in der Literatur zum Beleg für die Zulässigkeit der Einwände auf Entscheidungen verwiesen, in denen gar keine verdeckte Stellvertretung vorlag: z.B. Atkyns v. Amber (1796) 2 ESP. 493, 170 E.R. 431 von Powell (S. 274) und Fridman (S. 203 bezüglich der Aufrechnung), Banker v. Jarvis (1903) 1 K.B. 549 von Müller-Freienfels (RabelsZ 17 (1952) S. 595 bezüglich der Aufrechnung). In den beiden Urteilen Grice v. Kenrick (1870 L.R. 5 Q.B. 340) und Manley v. Berkett (1912 2 K.B. 329), in denen es sich bei dem Mittler um einen Auktionator handelte (so auch in den Urteilen Robinson v. Rutter a.a.O. und Holmes v. Tutton (1855) 5 El.u.Bl. 65, 119 E.R. 405), war eine Aufrechnung zwischen dem Dritten und dem Hintermann sogar schon vor dem Vertragsschluß zwischen dem Dritten und dem Mittler vereinbart worden. Obwohl diese Situation schwerlich mit einer undisclosed agency, in der der Dritte gar keine Kenntnis von der Existenz eines Geschäftsherrn hat, verglichen werden kann, werden diese Urteile von einigen Autoren als Beleg auch bezüglich der Konstellation einer undisclosed agency aufgeführt (so z.B. Benjamin, S. 798; Müller-Freienfels, RabelsZ 17 (1952) S. 595; Williams, 23 Can. B.R. (1945) S. 409 Fn. 58 (4)).

2) Holden v. Rutland Co. (1901) 73 Vt. 317, 50 A. 1096; Wooley v. Loose (1920) 57 Utah 336, 194 Pac. 908; Camp v. Barber (1913) 87 Vt. 235, 88 A. 812; speziell zur Aufrechnung: Kelly Clarke Co. v. Leslie (1923) 61 Cal. App. 559, 215 Pac. 699.

geschäft er bei Abschluß des Vertrages gar keine Kenntnis hatte. Auch der Umstand, daß es oft vom Zufall abhängen wird, ob der Dritte von der Existenz des Geschäftsherrn erfährt, scheint gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung zu sprechen. Andererseits ist aber zu beachten, daß das für den Dritten unverhoffte Geschenk, neben dem Mittler noch einen zweiten Schuldner zu besitzen, dem ganzen System der undisclosed agency immanent ist. Die Zulässigkeit der Aufrechnung fügt sich insoweit nahtlos in das Konzept der undisclosed agency ein.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß der Dritte sich dann auf Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Geschäftsherrn berufen kann, wenn dem Mittler kein lien zukommt, daß ihm dies aber verwehrt ist, wenn dem agent ein Sicherungsrecht an der Forderung gegen den Dritten zusteht.

D. Die Problematik der Einwendungen des Dritten und des Geschäftsherrn aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler

1. Einwendungen des Dritten aus seinem Verhältnis zur Mittelsperson

Wenn der Prinzipal in Erscheinung tritt, sieht sich der Dritte ohne sein Zutun einem anderen Gläubiger gegenüber, mit dem er gar nicht gerechnet hat - vergleichbar mit der Situation einer Abtretung. Deswegen wird ihm im Grundsatz, ähnlich wie bei einer Zession, die Berufung auf alle Vereinbarungen mit dem

und Verteidigungsrechte gegen den Mittler gestattet[1]. (Im wesentlichen geht es um eine Aufrechnung des Dritten und um eine Zahlung von ihm an den agent. Es wurde bereits oben dargelegt, daß diese Problematik den Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur undisclosed agency bildete.) Diese Einwendungen müssen allerdings entstanden sein, bevor der Dritte Kenntnis von der Stellung des Prinzipals erlangte[2]. Dabei

---

1) England: Isberg v. Bowden (1853) 8 Exch. 852 (859), 155 E.R. 1599 (1602); Ramazotti v. Bowring (1859) 7 C.B.N.S. 851, 141 E.R. 1050; Browning v. Prov. Ins. Co. of Canada (1873) L.R. 5 P.C. 263; USA: Watertown Steam-Engine Co. v. Palmer Bros. (1890) 84 Ga. 368, 10 S.E. 969 (970); Buchanan v. Cleveland Lindseed-Oil (1898) 91 F. 88; Sullivan v. Shailor (1898) 70 Conn. 733, 40 A. 1054; Eldridge v. Finnegar (1909) 25 Okla. 28, 105 Pac. 334; Houghton u.Co. v. Hundley (1916) 59 Okla. 126, 157 Pac. 112; Pinkham Lumber Co. v. Griffin u. Co. (1925) 212 Ala. 341, 102 So. 689; Foreign Trade Banking Corp. v. Geseta Corp. (1923) 237 N.Y. 265, 142 N.E. 607; Miller v. Ziedrich (1953) 199 Or. 505, 263 Pac.2d 611; Rest. §§ 205, 206, 307 Abs. 1a, 308.

2) England: Dresser v. Norwood (1864) 17 C.B.N.S. 467, 144 E.R. 188, 145 E.R. 570; Semenza v. Brinsley (1865) 18 C.B.N.S. 467, 144 E.R. 526; Kaltenbach v. Lewis (1885) 10 A.C. 617, H.L.; Mildred Goyeneche u. Co. v. Maspons Y Hermano (1883) 8 A.C. 874, H.L.; USA: Doucette v. Baldwin (1907) 194 Mass. 131, 80 N.E. 444; Wysakowska v. Polish-American Building u. Loan Association (1921) 115 A. 438; Davis v. Newell Co. (1924) 206 Ky. 121, 266 S.W. 1061; Miles v. Foy (1928) 38 Ga.App. 473, 144 S.E. 802; Standard Brick u. Tile Co. v. Posey (1937) 193 S.E. 613; Rest. §§ 307, 308 (b).

reicht ein Kennenmüssen aus; bei Zweifeln wird dem Dritten sogar eine Nachforschungspflicht auferlegt. So kann er beispielsweise bei einem Kauf von einem Broker (der i.d.R. nicht zum Auftritt im eigenen Namen berechtigt ist[1]), von dem er weiß, daß dieser manchmal im eigenen und manchmal im fremden Interesse handelt, nicht mit einer Gegenforderung aufrechnen, weil er sich nicht vergewissert hat, ob sein Gegenüber (der Mittler) im konkreten Fall im eigenen oder fremden Interesse verkaufte[2].

a) Das Einverständnis des Geschäftsherrn mit dem Auftreten des Mittlers im eigenen Namen

Der Grundsatz, daß der gutgläubige Dritte bei einer Inanspruchnahme durch den Geschäftsherrn dieselben Rechte wie gegenüber dem Mittler geltend machen kann, wird zumeist ohne Einschränkung formuliert. So heißt es z.B. in der amerikanischen Entscheidung Frazier v. Poindexter[3], daß die Klage des undisclosed principal gegen den Dritten

---

1) Baring v. Corrie (1818) 2 B.u.Ald. 143, 106 E.R. 319.

2) Baring v. Corrie (1818) 2 B.u.Ald. 143, 106 E.R. 317; Cooke v. Eshelby (1887) 12 A.C. 271, H.L.; ähnlich Pearson v. Scott (1878) 9 Ch.D. 199, 203; vgl. auch die amerikanischen Entscheidungen Miller v. Lea (1871) 35 Md. 396, 6 Am.Rep. 417; Baxter v. Sherman (1893) 73 Minn. 434, 76 N.W. 211; Syriani v. Gebhart (1952) 195 Md. 69, 72 A.2d 766. Anders noch Coates v. Lewes (1808) 1 Camp. 444, 170 E.R. 1015: in dieser Entscheidung war das Wissen des Dritten um die Brokerstellung des Mittlers noch als unbeachtlich angesehen worden.

3) (1906) 78 Ark. 241, 95 S.W. 464.

> "is subject to any defense or set-off acquired by the third party against the agent, before he had notice of the principal's rights."

Dennoch gibt es neben der Gutgläubigkeit des Dritten eine weitere Voraussetzung, die allerdings in der Literatur manchmal übersehen wird[1]: Der Geschäftsherr muß sich die Einwendungen des Dritten aus dessen Verhältnis zum Mittler nur dann entgegenhalten lassen, wenn er den Mittler zu einem Auftreten im eigenen Namen bevollmächtigt oder den Glauben des Dritten an die Prinzipalstellung des Mittlers zumindest veranlaßt hat[2]. Eine solche Veranlassung wird in der Besitzüberlassung an einen Factor gesehen[3]. Diese Grundsätze waren in einer Reihe älterer Entscheidungen bereits mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gekommen[4]. In keinem dieser Fälle führte aller-

---

1) So z.B. bei Stoljahr, S. 211 ff; Kegel, S. 78; Müller-Freienfels, RabelsZ 17 (1952) S. 596 f.

2) England: Cooke v. Eshelby (1887) 12 A.C. 271,H.L.; aus der Literatur zustimmend: Halsbury,Rdz. 829; Fridman,S. 201; Treitel,S. 343; Chitty,S.30 Rdz.2054; Cheshire und Fifoot, S. 477;
USA: Baxter v. Sherman (1893) 73 Minn. 434, 76 N.W. 211; Rest. §§ 306 Abs. 2, 308 b;
Australien: Note: 6 Austr. L.J. (1932) S. 105 f.

3) Nach dem Urteil Fish v. Kempton (1849) 7 C.B. 687, 137 E.R. 272 kann der Dritte sich nur dann auf eine Aufrechnung berufen, wenn er keine Kenntnis von der Factoreigenschaft des Mittlers hatte (anders bei einer Zahlung).

4) Baring v. Corrie (1818) 2 B.u.Ald. 137, 106 E.R. 317; Fish v. Kempton (1849) 7 C.B. 691 f, 137 E.R. 274; Isberg v. Bowden (1853) 8 Exch. 859, 155 E.R. 1602; Curlewis v. Birkluck (1863) F.u.F. 894, 176 E.R. 406; Semenza v. Brinsley (1865) 18 C.B.N.S. 478, 144 E.R. 530; Turner v. Thomas (1871) L.R. 6 C.P. 610; Borris v. Imperial Ottoman Bank (1873) L.R. 9 C.P. 38.

dings allein die fehlende Veranlassung dazu, daß dem Dritten die Geltendmachung von Einwendungen verweigert wurde. Diese Konsequenz wurde zum ersten und soweit ersichtlich bisher einzigen Male in der Entscheidung Drakeford v. Piercy in Aussicht gestellt[1]: Der agent verkaufte für einen undisclosed principal Ware an einen Dritten. Als dieser von dem Geschäftsherrn auf Bezahlung verklagt wurde, verwies er darauf, er habe bereits an den Mittler gezahlt. Das Gericht erachtete diese Verteidigung nur dann als stichhaltig, wenn der Dritte entweder nachweise, daß der Mittler als Factor gehandelt habe, also im Besitz der Ware war, oder daß der Geschäftsherr ihn dazu bevollmächtigt habe,

> "either to represent himself as a principal or to hold himself out as entitled to receive payment".

In dem letzten Grundsatzurteil über diese Problematik der Gegenrechte des Dritten, Cooke v. Eshelby[2], werden die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze an Hand einer von dem Dritten geltend gemachten Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Mittler zusammengefaßt. Lord Halsbury führt aus:

> "The ground upon which all these cases have been decided is that the agent has been permitted by the principal to hold himself out as the principal, and that the person dealing with the agent has believed that the agent was the principal, and has acted on that belief. With reference to both those propositions, namely,

---

1) (1866) 14 L.T. 403.

2) (1887) 12 A.C. 271 ff, H.L.

> first, the permission of the real principal to the agent to assume his character, and with reference to the fact whether those dealing with the supposed principal have in fact acted upon the belief induced by the real principal's conduct ....."[1]

Einige nachfolgende Entscheidungen zeigen, daß an dem Grundsatz festgehalten wird, die Geltendmachung von Gegenrechten des Dritten aus seinem Verhältnis zu dem Mittler nicht nur von seiner eigenen Gutgläubigkeit, sondern auch von dem Verhalten des Prinzipals abhängig zu machen[2].

b) Kritik an der Einbeziehung des Geschäftsherrn

Das anglo-amerikanische Recht gelangt in vielen Fällen zu einem Schutz des Dritten, da die Besitzüberlassung des Prinzipals an den Mittler als ausreichende Veranlassung angesehen wird. Dennoch verbleiben noch genug Konstellationen, in denen dem Dritten dieser Schutz trotz seiner Gutgläubigkeit versagt wird, z.B. bei einer Direktlieferung des Geschäftsherrn an den Dritten, wenn der Mittler nur zum Handeln in fremdem Namen bevollmächtigt ist[3]. Die Ansicht des anglo-amerikanischen Rechtes, die Verteidigungsmöglichkeiten des Dritten auch in diesen Situationen von einer Zustimmung oder irgendwie gearteten Veranlassung des Prinzipals

---

1) a.a.O., S. 275; ähnlich auch Lord Watson a.a.O., S.278.

2) Montagu v. Forwood (1893) 2 Q.B. 350, C.A.; Anderson v. Sutherland (1897) 13 T.L.R. 163 Q.B.; Lloyds and Scottish Finance, Ltd. v. Williamson (1965) 1 All E.R. 641 (645); (1965) 1 W.L.R. 404.

3) So Anm. 1 zu § 306 Rest.

zu dem Handeln des agent gerade im eigenen Namen abhängig zu machen, erscheint verfehlt[1].

aa) Überblick über die Interessenlage

Der Dritte ging davon aus, daß der Mittler sein alleiniger Vertragspartner ist. Er schloß möglicherweise den Vertrag mit ihm nur deswegen, weil er eine Gegenforderung gegen diesen besitzt und die Kaufpreisforderung aufrechnen will. Dieses Interesse des Dritten ist genauso schutzwürdig wie sein Glaube, durch eine Zahlung an seinen Vertragspartner seine Schuld begleichen zu können. Durch das Auftreten des Geschäftsherrn sieht sich der Dritte ebenso wie bei einer Zession plötzlich einem anderen Gläubiger gegenüber. Deswegen erscheint es aus seiner Sicht nur folgerichtig, daß ihm auch derselbe Schutz wie bei einer Abtretung gewährt wird[2].

Andererseits kann aber der Prinzipal darauf verweisen, daß dann, wenn der agent auftragsgemäß in seinem, des Prinzipals, Namen aufgetreten wäre, der Dritte keine Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem agent hätte herleiten können.

---

1) Ebenso Powell, S. 172 f, 174 ff; kritisch auch Seavey (Studies), S. 324; diese Meinung "ignores the fact that the only right of action which the principal has is upon the contract made by the agent, which should include all its incidents, as agreed to by the parties to it"; ähnlich Bowstead, S. 285; vorsichtig auch Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 323.

2) So heißt es auch in Com. a. zu § 310 des Rest.: "The right of the principal to demand performance is subject to substantially the same limitations as the right of an assignee"; vgl. aber andererseits §§ 306 Abs. 2, 308 (b).

Damit spitzt sich der Interessenkonflikt zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten auf die Frage zu, wer den Schaden aus dem weisungswidrigen Verhalten des Mittlers tragen soll. Dabei ist zu bedenken, daß letztlich der Mittler selber den Nachteil auszugleichen hat; denn läßt man die Einwendungen des Dritten durchgreifen, kann der Geschäftsherr sich aus seinem Auftragsverhältnis bei dem agent schadlos halten[1], und verweigert man dem Dritten die Geltendmachung seiner Gegenrechte gegen den Geschäftsherrn, kann der Dritte aus seinem Vertragsverhältnis zu dem Mittler von diesem Regreß verlangen. Deswegen geht der Streit letztlich nur darum, ob die Leistungsunfähigkeit des Mittlers sich zum Nachteil des Dritten oder des Geschäftsherrn auswirken soll. Von dieser Fragestellung ausgehend erscheint der Geschäftsherr "näher daran", den Schaden übernehmen zu müssen. Er hat den agent ausgesucht, kann ihn überwachen und auf ihn einwirken, daß er auch wirklich im fremden Namen auftritt. Der Dritte hat zwar auch den agent zu seinem Vertragspartner gemacht, aber er kann dessen Verhalten nicht steuern, da es im Verhältnis zu ihm kein weisungswidriges Handeln des agent gibt. Auch hat der Dritte keine Kenntnis von der konkreten Möglichkeit eines Fehlverhaltens,

---

1) So auch Powell, S. 177 (d).

wohingegen der Prinzipal damit rechnen muß[1]. Die Situation ist insoweit hier genauso wie die Lage vor der Offenlegung einer Zession; auch dort werden die Folgen eines dem Abtretungsvertrag bzw. dem ihm zugrundeliegenden Verpflichtungsverhältnis widersprechenden Verhaltens des Zedenten auf den Zessionar abgewälzt.

Schließlich hat der Geschäftsherr den agent zu einem Vertragsschluß veranlaßt[2], zwar nicht zu einem im eigenen, sondern im fremden Namen, aber immerhin zu einem Vertragsschluß.

Darin liegt auch der Unterschied zu dem fehlenden Eigentumserwerb bei der Übereignung von einem Besitzdiener. In dieser Situation wird dem Hintermann deswegen der Vorzug gegeben - d.h. ein Eigentumserwerb des Dritten wird verneint -, weil er anders als bei der undisclosed agency in keiner Weise den Besitzdiener zu einer rechtsgeschäftlichen Handlung veranlaßt hat[3].

---

1) Weiß hingegen der Dritte, daß sein vermeintlicher Vertragspartner oftmals im fremden Interesse handelt (z.B. bei einem Broker), dann kann auch er mit dessen Fehlverhalten rechnen; insofern erscheint der strenge Maßstab, der hinsichtlich der Gutgläubigkeit des Dritten angelegt wird (Nachforschungspflicht), eher verständlich.

2) Dabei soll diese "Veranlassung" allein nach dem anglo-amerikanischen Recht aber gerade nicht ausreichen, dem Dritten die Geltendmachung seiner Einwendungen zu gestatten; s. dazu im Vorstehenden S. 53 ff.

3) Diesen Unterschied übersieht Richter Abbott in Baring v. Corrie (1818) 2 B.u.Ald. 142 f, 106 E.R. 319, wenn er mit diesem Vergleich das Argument, der Verlust müsse den treffen, der die Mittelsperson angestellt und der ihr vertraut hat, zu entkräften versucht.

Letztlich spricht auch noch folgende Überlegung dagegen, den Anspruch des Geschäftsherrn nur dann den Einwendungen des Dritten aus seinem Verhältnis zu dem agent zu unterwerfen, wenn der Geschäftsherr dem Handeln des Mittlers im eigenen Namen zugestimmt hat: wenn man dem Geschäftsherrn trotz des weisungswidrigen Eigenhandelns des Mittlers den Vorteil aus dem Vertrag zuweist - denn der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Prinzipal wird als rechtswirksam angesehen -, dann ist es auch nur billig, daß er auch die Nachteile, die ein von einem verdeckten Stellvertreter abgeschlossener Vertrag mit sich bringt, tragen muß.

bb) Die Begründungen für die Einbeziehung des Geschäftsherrn

Versucht man zu ergründen, warum das anglo-amerikanische Recht abweichend von der dargelegten Interessenlage die Geltendmachung von Einwendungen durch den Dritten von der Zustimmung oder Veranlassung des Geschäftsherrn abhängig macht, so sollte man sich zunächst die bereits oben dargelegte anfängliche Entwicklungslinie der Rechtsprechung vergegenwärtigen. Sie zeigt, daß sich dieses Erfordernis fast unbemerkt eingeschlichen hat.

Die ersten überlieferten Entscheidungen stellten den Grundsatz auf, daß zwar der Auftraggeber von dem Abkäufer seines Factors den Kaufpreis verlangen, daß aber gleichzeitig der Abkäufer sich auf eine Aufrechnung gegen-

über dem Mittler berufen kann[1]. In der dann folgenden Leitentscheidung Baring v. Corrie[2] handelte es sich bei dem Mittler nicht um einen Factor, sondern um einen Broker, der im eigenen Namen aufgetreten war. Der von dem Geschäftsherrn auf Zahlung verklagte Dritte wollte mit einer Forderung gegen den Broker aufrechnen und berief sich zur Begründung auf die älteren Urteile, die gegenüber einem Factor eine Aufrechnung zugelassen hatten.

Die Richter stellten zwei Gesichtspunkte in den Vordergrund, die diesen Fall von den früheren Sachverhalten unterschieden, weshalb eine Aufrechnung nicht zulässig sei; der eine knüpft an die Person des Dritten an: er habe gewußt, daß dieser Broker manchmal im eigenen und manchmal im fremden Namen handele, deswegen hätte er mit dem Auftauchen eines Geschäftsherrn rechnen und nicht auf die Zulässigkeit einer Aufrechnung vertrauen können. Das zweite Argument geht von der Position des Geschäftsherrn aus. Ein Broker sei grundsätzlich - im Gegensatz zu einem Factor - nur zu einem Verkauf im fremden Namen befugt. Dann komme eine Aufrechnung aber nicht in Frage. Wenn nun der Broker entgegen den Weisungen des Prinzipals im eigenen Namen auftrete, so könne dem Geschäftsherrn aus diesem Umstand allein kein Nachteil erwachsen, wenn ihm eigenes Verschulden nicht anzulasten

---

1) Rabone v. Williams (1785) 7 T.R. 360, 101 E.R. 1020 Fn. a; George v. Clagett (1797) 7 T.R. 359, 101 E.R. 1019.

2) (1818) 2 B.u.Ald. 137, 106 E.R. 317.

sei. Richter Bayley formuliert dies folgendermaßen:

> "A proprietor, generally speaking, is entitled to receive the price of his own goods, unless, by improper conduct on his part, he has enabled some other person to appear as proprietor of the goods, and, by that means, to impose on a third person without any fault on the part of that person."[1)]

Mit dieser Aussage ist das Veranlassungserfordernis geboren und fortan in der Rechtsprechung fest verankert[2)].

---

1) (1818) 2 B.u.Ald. 145 f, 106 E.R. 320; zur Begründung verweist Richter Bayley auf die Entscheidung Hern v. Nichols (1701) Holt K.B. 462, Salkeld 289, 91 E.R. 256. In diesem Fall hatte ein Factor für seinen Geschäftsherrn Seide verkauft. Der Factor, nicht aber der Prinzipal, wußte, daß es sich dabei nicht um reine Seide handelte. Es wird dargelegt, daß der Geschäftsherr gegenüber dem Dritten zivilrechtlich haftbar sei. "For seeing somebody must be a looser by this deceit, it is more reason that he that employs and puts a trust and confidence in the deceiver should be a looser, than a stranger." Wenn man diese Aussage unabhängig von der Tatsache, daß ihr die umgekehrte Anspruchsrichtung, nämlich Dritter gegen Prinzipal, zugrunde lag, verallgemeinert, so kann ihr in Übereinstimmung mit der vorangegangenen Betrachtung der Interessenlage in einem Punkt das Gegenteil von dem entnommen werden, was Richter Bayley aus ihr herausliest: Wenn der Dritte keine Kenntnis davon hat, daß nicht der Mittler allein, sondern auch ein hinter diesem stehender undisclosed principal sein Vertragspartner ist, dann dürfen ihm daraus keine Nachteile entstehen.

2) Später wird die Bezugnahme auf den Geschäftsherrn teilweise auch mit der "Doctrine of Estoppel" begründet (Lord Watson in Cooke v. Eshelby (1887) 12 A.C. 278, H.L.; Richter Bowen in Montagu v. Forwood (1893) 2 Q.B. 350, C.A.; Fridman, S. 201; Chitty, S. 30 Rdz. 2054; Anson, S. 597; s. auch die amerikanische Entscheidung Marr v. Postal Union Life (1940) 105 Pac.2d 649, 653): eine Beschränkung des Anspruchs des Geschäftsherrn könne nur dann in Betracht gezogen werden, wenn sich seine Verfolgung als unzulässige Rechtsausübung darstelle. Auch in dieser Betrachtungsweise zeigt sich der gleiche Fehler; die Sicht nur aus dem Blickwinkel des Prinzipals ist einseitig.

Daß der zweite Gesichtspunkt fehlerhaft ist, wurde durch ein zufälliges Zusammenspiel verschiedener Umstände nicht erkannt. Entscheidend dürfte gewesen sein, daß das Ergebnis des konkreten Falles richtig oder doch zumindest vertretbar war; allein das Wissen des Dritten um die Tatsache, daß der Broker manchmal eigene und manchmal fremde Sachen verkaufte, der Dritte also, wenn auch nicht bösgläubig, so aber jedenfalls auch nicht gutgläubig war, konnte die Entscheidung rechtfertigen[1]. Hinzu kam, daß es für den damaligen Richter sehr nahe lag, das Veranlassungsargument als Unterstützung anzuführen. Wenn man einen direkten Anspruch des Verkäufers gegen den Abkäufer grundsätzlich bejaht, ist es an sich schwer einzusehen, wieso der Geschäftsherr diesen Anspruch ohne sein Zutun verlieren können soll. In den Factor-Entscheidungen war einfach ohne jede Begründung der Grundsatz aufgestellt worden, daß der Dritte eine Aufrechnung geltend machen könne. Mit dem Veranlassungserfordernis konnte nun gleichzeitig sowohl dieses Begründungsdefizit bezüglich der Factor-Urteile beseitigt - Besitz-

---

1) Zu der vergleichbaren Problematik einer Aufrechnung gegenüber einem Kommissionär entscheidet die h.M. des dt. Rechts anders: unabhängig von dem Wissen des Dritten um die Kommissionärseigenschaft des Kommissionärs wird in § 392 Abs. 2 HGB kein Hinderungsgrund gesehen, eine Aufrechnung auch mit nicht konnexen Gegenforderungen zuzulassen (RG v. 11.11. 1893, RGZ 32, 39 (42 f) (noch zu § 368 Abs. 2 ADHGB); RG v. 23.5.1928, RGZ 121, 177 ff; BGH v. 19.11.1968, NJW 69, 276; Baumbach-Duden, § 392 Anm. 2 C; Böhm, S. 83 ff, 97; a.A. Dressler, NJW 69, 655 f; differenzierend: Schwarz, NJW 69, 1942 ff; Capelle (Außenverhältnis), S. 333; ders. (Handelsrecht), S. 125; Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Rdz. 24).

überlassung als Veranlassung - als auch die konträre Entscheidung in der vorliegenden Broker-Konstellation unterstützend gerechtfertigt werden.

Richter Holroyd begründet die Unzulässigkeit der Aufrechnung noch mit folgender Argumentation:

> "And besides, the employing of a person to sell goods as a broker does not authorize him to sell in his own name. If therefore he sells in his own name, he acts beyond the scope of his authority, and his principal is not bound."[1)]

Diese Sätze lassen nur den Schluß zu, daß gar kein Vertrag zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn zustande gekommen ist. Dem ist aber nicht so, denn sonst wäre die Klage des Prinzipals gegen den Dritten von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen, die Frage der Aufrechnung des Dritten hätte gar nicht mehr auftauchen können. Das Argument der fehlenden Vollmacht ist demnach nur vorgeschoben, um eine Aufrechnung des Dritten zu verhindern.

Nachdem in diesem Urteil Baring v. Corrie das "Erfordernis" von der Zustimmung oder zumindest Veranlassung durch den Geschäftsherrn aufgestellt worden war, wurde es in späteren Urteilen nicht mehr in Zweifel gezogen, sondern vielmehr in Cooke v. Eshelby[2)] nochmals ausdrücklich bestätigt[3)]. Diese Entscheidung entsprach in den hier interessierenden Fakten genau dem Fall Baring v. Corrie[4)]. Die Richter ar-

---

1) a.a.O., S. 149 bzw. 321; ihm folgend Fridman, S. 200.

2) (1887) 12 A.C. 271, H.L.

3) s.o.S. 55 f.

4) (1818) 2 B.u.Ald. 137, 106 E.R. 317.

gumentierten in derselben Weise. Die Fehlerhaftigkeit wurde jedoch abermals wahrscheinlich deswegen nicht als trügerisch entlarvt, weil das richtige Ergebnis dadurch nicht beeinträchtigt wurde.

Möglicherweise deutet die amerikanische Entscheidung Standard Brick u. Tile Co. v. Posey (1937)[1] eine Wandlung der Rechtsprechung an. Dort wurde die Ablehnung von Einwendungen des Dritten bei fehlendem Besitz des Mittlers nicht mehr mit der fehlenden Veranlassung durch den Geschäftsherrn, sondern nur noch mit der Bösgläubigkeit des Dritten begründet:

> " .. the absence of such apparent title is sufficient to put the purchaser upon inquiry as to the agent's true position in the transaction."

So begrüßenswert die Abkehr von dem verfehlten Ansatzpunkt der Einbeziehung des Geschäftsherrn (Verzicht auf das Erfordernis der Veranlassung) ist, so muß doch auch diese Methode abgelehnt werden, da auch sie zu dem wertungsmäßig falschen Ergebnis gelangt. Diese Begründung ersetzt nur die falsche Anknüpfung an die Person des Geschäftsherrn durch übersteigerte Anforderungen an die Gutgläubigkeit des Dritten.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die fehlerhafte Entwicklung der Behandlung der Einwendungen des Dritten ihren Ursprung hat in der historischen Herkunft der undisclosed agency von den Factor- und Broker-Entscheidungen.

---

1) 193 S.E. 613.

2. Einwendungen des Geschäftsherrn aus seinem Verhältnis zur Mittelsperson

a) Darstellung der Rechtslage

Wenn der Dritte, nachdem er von der Existenz des Geschäftsherrn erfahren hat, seinen Anspruch gegen diesen verfolgt, erhebt sich die Frage, ob der Prinzipal sich auf eine Leistung an den oder Aufrechnung gegenüber dem Mittler berufen kann.

Der Rückblick auf die historische Entwicklung der undisclosed agency hat u.a. gezeigt, daß dieses Institut, soweit es sich um den direkten Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn handelt, mit Entscheidungen zur Einwendungsproblematik beginnt. Die ersten der anschließend vorgestellten Urteile sind deswegen teilweise schon bekannt. Folgende Entscheidungen verkörpern die Entwicklungslinie der Einwendungslehre:

In Nelson v. Powell[1] wurde festgestellt, daß der Geschäftsherr auch dann dem Dritten hafte, wenn er dem Mittler, einem Broker, nach dem Kauf die erforderliche Summe zur Verfügung gestellt hatte.

Demgegenüber vertritt Lord Mansfield in der Entscheidung Railton v. Hodgson[2] eine etwas vorsichtigere Position. Grundsätzlich sei zwar der Geschäftsherr, auch wenn es nicht bekannt gewesen wäre, daß er der Käufer sei, haftbar; wenn er aber an den Mittler gezahlt habe, hänge es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob der Geschäftsherr noch einmal an den Dritten leisten müsse;

---

1) (1784) 3 Doug. 410, 99 E.R. 723.

2) (1804) 128 E.R. 456 Fn.a.

> "....if it would have been unfair to have made him liable, he would not have been so."

Da aber vorliegend der Prinzipal noch gar nicht gezahlt hatte, kam es auf diese Frage hier nicht an.

In dem Urteil Kymer v. Suwercropp[1] wird der Einwand des Geschäftsherrn, er habe bereits an den Mittler, einen Broker, gezahlt, zurückgewiesen. Lord Ellenborough führt aus, daß der Dritte

> "is no more affected by the state of accounts between the two" (Broker und Geschäftsherr) "than I should be, were I to deliver goods to a man's servant pursuant to his order, by the consideration of whether the servant was indebted to the master, or the master to the servant."

Eine Einschränkung wird allerdings für den Fall gemacht, daß der Dritte das Fälligkeitsdatum verstreichen läßt. Dadurch könne er den Geschäftsherrn zu der Vermutung veranlassen, daß er, der Dritte, sich nur an den Broker halten wolle. Wenn in einer solchen Situation der Geschäftsherr an den Broker zahle, erlösche auch seine Schuld gegenüber dem Dritten.

Eine Aufrechnung des Geschäftsherrn mit einer Forderung gegen den Mittler (einen Broker) wurde in der Entscheidung Waring v. Favenck[2] nicht zugelassen. Ohne jede weitere Begründung wird nur darauf hingewiesen, daß der Kauf durch den agent genauso zu behandeln sei, als wenn der Prinzipal selber den Vertrag abgeschlossen hätte.

---

1) (1807) 1 Camp. 109, 170 E.R. 894.

2) (1807) 1 Camp. 85, 170 E.R. 886.

Obwohl in dem Fall Thomson v. Davenport[1] ausdrücklich festgestellt wurde, der Dritte habe gewußt, daß sein Gegenüber nicht der eigentliche Käufer sei, wurden aber auch Ausführungen zur Situation der undisclosed agency gemacht. Lord Tenterden stellte fest, daß die grundsätzlich bestehende Kaufpreiszahlungspflicht des Prinzipals insoweit eingeschränkt werde, als der Verrechnungsstand zwischen dem Geschäftsherrn und dem agent "is not altered to the prejudice of the principal"[2]. Auch Richter Bayley schien die undisclosed agency vor Augen zu haben, als er darauf hinwies,

> "that the principal shall not be prejudiced by being made personally liable, if the justice of the case is that he should not be personally liable."

Wenn der Geschäftsherr den Mittler bezahlt habe oder wenn der Verrechnungsstand zwischen den beiden "would make it unjust", den Prinzipal gegenüber dem Dritten weiterhaften zu lassen, könne der Prinzipal eine Inanspruchnahme durch den Dritten abwehren[3]. Genau wie in dem Fall Railton v. Hodgson war auch hier diese Problematik nicht entscheidungserheblich, da der Geschäftsherr noch gar nicht, also auch nicht an den Mittler, gezahlt hatte.

In Abgrenzung zu der Entscheidung Kymer v. Suwercropp wurde in dem Urteil Smyth v. Anderson[4] der Einwand des Geschäftsherrn, er habe bereits an den Mittler gezahlt, zugelassen. In diesem Fall wußte der Dritte spätestens in dem

---

1) (1829) 9 B.u.C. 78, 109 E.R. 30.

2) 9 B.u.C. 86, 109 E.R. 33.

3) 9 B.u.C. 88 f, 109 E.R. 34.

4) (1849) 7 C.B. 21, 137 E.R. 9.

Augenblick, als er dem Mittler die Rechnung übersandte, von der Identität des Geschäftsherrn. Die Richter wiesen darauf hin, der Hintermann habe in dem Fall Kymer v. Suwercropp den Kaufpreis ohne Wissen und gegen die Interessen des Dritten an den Mittler gezahlt; hier jedoch habe der Dritte bewußt und in Kenntnis der Person des Geschäftsherrn den Mittler als Schuldner ausgewählt. In einem solchen Falle wäre es "unfair and unjust"[1], den Zahlungseinwand des Geschäftsherrn nicht zu beachten.

Die nächste Entscheidung, Heald v. Kenworthy[2], läßt nicht erkennen, ob es sich um einen undisclosed principal oder nur um einen unnamed principal handelte. In ihr griff Richter Park die Aussage von Richter Bayley in Thomson v. Davenport[3] auf und meinte, daß die Formulierung "make it unjust" sehr vage sei. Der Geschäftsherr werde durch eine Zahlung an den Mittler nur dann frei, wenn diese auf eine entsprechende Veranlassung des Dritten zurückgehe und eine nochmalige Inanspruchnahme des Geschäftsherrn ungerecht erscheine; das sei z.B. dann der Fall, wenn der Geschäftsherr durch das Verhalten des Dritten zu dem Glauben verleitet worden sei, der Dritte habe von dem agent das Geld empfangen und wenn daraufhin der Geschäftsherr an den agent gezahlt habe. Wenn der Dritte irgendwie durch Wort oder Tat einen entsprechenden Anschein hervorgerufen habe, könne er nicht nachher "throw off the mask and sue the principal"[4].

---

1) So Richter Maule, 7 C.B. 40, 137 E.R. 17.

2) (1855) 10 Exch. 739, 156 E.R. 638.

3) (1829) 9 B.u.C. 88, 109 E.R. 34.

4) 10 Exch. 746, 156 E.R. 641.

In dem zu dieser Problematik oft zitierten Fall Macfarlane v. Giannacopulo[1] hatte ein Versicherungsbroker eine Schiffsversicherung im Namen eines "underwriters" (Geschäftsherr) unterzeichnet. Der Versicherungsnehmer wandte sich nach Verlust des Schiffes - der Üblichkeit entsprechend - zunächst an den Broker und erst später an den "underwriter". Dies wurde für zulässig gehalten, da der Versicherungsnehmer den Versicherer durch nichts zu der Annahme verleitet habe, daß er sich nur an den Broker halten wolle. Obwohl es also nicht um eine verdeckte Stellvertretung ging, weist Richter Watson auf die grundsätzliche Rechtslage hin, nach der ein Dritter, welcher mit einem im eigenen Namen auftretenden Broker einen Vertrag geschlossen hat, sich auch an den nachträglich entdeckten Prinzipal halten kann. Dies sei ihm nur dann als "unjust" verwehrt, wenn er durch sein Verhalten den Prinzipal veranlaßt habe, an den Mittler zu zahlen.

In dem Urteil Smethurst v. Mitchell[2] ging es (vereinfacht) um folgendes: Der Dritte, der von einem agent Ware gekauft hatte, wußte, daß es sich um einen agent handelte, hatte aber keine Kenntnis davon, für wen dieser auftrat. Drei Tage nach dem Fälligkeitstermin der Kaufpreisschuld erfuhr der Dritte von dem agent den Namen des Geschäftsherrn. Erst neun Monate später erhob der Dritte Klage gegen den Prinzipal. Zwischenzeitlich hatte dieser aber an den agent gezahlt. Die Klage wurde aus zwei Gründen, die beide für sich als ausreichend angesehen wurden, abgewiesen.

---

1) (1858) 3 H.u.N. 860, 157 E.R. 716.

2) (1859) 1 El.u.El. 622, 120 E.R. 1043.

Erstens müsse sich der Dritte, da er erst neun Monate nach Kenntniserlangung Klage erhoben habe, so behandeln lassen, als ob er den agent als seinen alleinigen Schuldner ausgewählt habe; und zweitens habe er durch sein langes Zuwarten den Geschäftsherrn dazu veranlaßt, "to alter, for the worse, his position" gegenüber dem agent.

Die nachfolgende vielbeachtete Entscheidung Armstrong v. Stokes[1] setzt sich dann sehr gründlich mit der ganzen Problematik auseinander. Sie lehnt sich an die oben wiedergegebenen Passagen aus Railton v. Hodgson und Thomson v. Davenport an. Der Tenor lautet:

> "A vendor, who has given credit to an agent, believing him to be the principal, cannot recover against the undisclosed principal, if the principal has bonafide paid the agent at a time when the vendor still gave credit to the agent and knew of no one else as principal."

Dabei wird zunächst eine Abgrenzung zu den Fällen Kymer v. Suwercropp[2] und Waring v. Favenck[3] vorgenommen. Dort habe es sich jeweils um einen Broker gehandelt und bei einem solchen habe der Vertragspartner, jedenfalls zur damaligen Zeit noch, davon ausgehen müssen, daß dieser nicht im eigenen, sondern im Interesse eines Hintermannes auftrete. Dagegen handele es sich aber um eine ganz andere Situation, wenn der Verkäufer sein Gegenüber für den Prinzipal halte[4]. Damit verbleiben nur noch die

---

1) (1872) L.R. 7 Q.B. 598.

2) (1807) 1 Camp. 109, 170 E.R. 894.

3) (1807) 1 Camp. 86, 170 E.R. 886.

4) a.a.O. S. 607.

Bemerkungen von Richter Park in Heald v. Kenworthy[1], die gegen eine Entlastung des Prinzipals sprechen. Dieser Meinung wird in Armstrong v. Stokes widersprochen, da eine nochmalige Zahlungspflicht für den Geschäftsherrn eine "intolerable hardship" bedeuten würde[2]. Dabei betont der Richter, daß er diese Feststellung als Ausnahme verstanden wissen wolle, die nur dann Platz greife, wenn der Geschäftsherr den agent wirklich für den Prinzipal gehalten habe. Auch die Rechtslage bei einer Aufrechnung des Geschäftsherrn mit einer Forderung gegen den Mittler wird ausdrücklich ausgeklammert.

Der nächsten Entscheidung, Irvin v. Watson[3], lag wiederum nur die Situation eines unnamed principal zu Grunde; aber zwei Richter lassen wenig Sympathie für das Urteil Armstrong v. Stokes erkennen[4]. Richter Bramwell greift die dort gemachte Differenzierung an, welche danach unterscheiden will, ob der Dritte den agent für den alleinigen Prinzipal hält oder von einem Hintermann weiß; es sei schwerlich einzusehen, wieso das Wissen oder Nichtwissen des Dritten die Verantwortlichkeit des Prinzipals berühren könne.

---

1) s.o.S. 69.

2) a.a.O. S. 610.

3) (1880) 5 Q.B. 414.

4) Der dritte Richter, Bagally, vermeidet eine Stellungnahme, indem er nur darauf abstellt, daß in dem vorliegenden Fall der Dritte den Mittler nicht als den alleinigen Prinzipal angesehen habe.

> "I should certainly have thought that his liability" (Geschäftsherr) "would depend upon what he himself knew, that is to say whether he knew that the vendor had a claim against him and would look to him for payment in the agent's default."[1]

Und Richter Brett meint, daß man die Grundsätze des Urteils Armstrong v. Stokes wohl überdenken müsse, wenn eine entsprechende Situation noch einmal zur Entscheidung käme[2].

Teilweise wird in dem hier erörterten Zusammenhang noch die Entscheidung Davison v. Donaldson[3] angeführt. Dort hatte ein Lieferant mit einem Miteigentümer einen Kaufvertrag geschlossen und klagte nun, nachdem dieser nicht zahlte, gegen einen weiteren Miteigentümer. Dieser wollte sich aus seinem Verhältnis zu dem anderen Miteigentümer verteidigen. Obwohl sich dieser Fall, worauf auch Richter Lindlay ausdrücklich hinweist, von der Situation einer undisclosed agency unterscheidet[4], wird auf die obigen Entscheidungen Bezug genommen; die Verteidigung des Beklagten weist man zurück, da er nicht durch ein Verhalten des Verkäufers veranlaßt worden sei, darauf zu vertrauen, er werde von diesem nicht mehr in Anspruch genommen.

Die englische Literatur folgt zumeist der in Heald v. Kenworthy und Irvine v. Watson wiedergegebenen Meinung, daß die Zulässigkeit der Einwendungen des Prinzipals aus seinem Verhältnis zu dem agent von einer Veranlassung durch

---

1) a.a.O. S. 417 f.

2) a.a.O. S. 421.

3) (1882) 9 Q.B. 623.

4) a.a.O. S. 629.

den Dritten abhängig sei. Armstrong v. Stokes wird als eine fragwürdige Autorität abgelehnt[1], oder man versucht, diese Entscheidung an Hand ihrer Besonderheiten als einen Ausnahmefall darzustellen[2]. Auch eine Aufrechnung des Prinzipals gegenüber dem Dritten mit einer Forderung gegen den Mittler wird gemäß der Entscheidung Waring v. Favenck[3] grundsätzlich für nicht zulässig erachtet[4].

Als Begründung dafür, daß der Geschäftsherr durch eine Zahlung an den Mittler nicht frei wird, weist man in erster Linie - wohl im Anschluß an die Entscheidung Irvine v. Watson - auf die Schuldnerstellung des undisclosed principal gegenüber dem Dritten hin. Der Ge-

---

1) Anson, S. 602; Treitel, S. 505; Powell, S. 171 f; Fridman, S. 198 f; Higgins, 28 M.L.R. (1965) 167, 176 f; Chitty, Rdz. 2057; Halsbury, Rdz. 628 führt die Grundsätze der Entscheidung Armstrong v. Stokes an, weist allerdings in der Fußnote darauf hin, daß dieses Urteil in der Entscheidung Irvine v. Watson kritisiert worden sei; einer Entlastung des Prinzipals zuneigend: Bowstead, S. 279 f.

2) Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 338; Stoljahr, S. 214 ff; diese Bemerkungen gehen darauf zurück, daß in der Entscheidung überlegt worden war, ob der Mittler überhaupt als agent, oder nicht vielmehr als selbständiger Zwischenhändler anzusehen sei; man hatte diese Frage aber ausdrücklich offengelassen, da die Klage des Dritten aus den dargelegten Gründen auch dann abzuweisen sei, wenn der Mittler tatsächlich als agent anzusehen sei.

3) (1807) 1 Camp. 86, 170 E.R. 886; s. zu dieser Entscheidung o.S. 67.

4) Fridman, S. 198; Powell, S. 170 f; Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 336 f.

schäftsherr wisse um diese Haftung, müsse deswegen mit seiner Inanspruchnahme rechnen und der Dritte könne seines Anspruchs nicht ohne sein Zutun verlustig gehen[1]. Er habe zwar nur dem agent vertraut und die Möglichkeit, den Prinzipal in Anspruch zu nehmen, biete sich ihm unverhofft, dies sei jedoch bei einer undisclosed agency immer der Fall und deswegen kein Grund, dem Dritten die Berufung auf Zahlungen, die er an den agent geleistet hat, zu gestatten[2].

Die Rechtsprechung in den USA zu dieser Problematik bietet kein einheitliches Bild[3].

---

1) So z.B. Powell, S. 172; Higgins, 28 M.L.R. (1965) S. 177; typisch ist auch folgende Stellungnahme von Goodhart und Hamson (4 Cam. L.J. (1932) S. 327): "The principal knows that there is a third party who has parted with goods upon the faith of a future payment; he knows that these goods are now in his hands; he knows that the third party has a claim against him. If he meets this claim by payment to another person upon faith that that other will pay the third party, and he is deceived in that expectation, the loss arising from that deception falls more properly upon him than upon the third party who has done, by supposition, nothing whatever to mislead him."

2) So z.B. Treitel, S. 505.

3) In dem Urteil Poretta v. Superior Dowel Co. (1957) 137 A.2d 361 heißt es: "The decisions appear to be in a state of hopeless confusion." Williston (§ 292 S. 369) spricht von einer "considerable confusion of authority"; Mechem (§ 185) weist darauf hin, daß es in den USA erstaunlich wenig "authority" zu dieser Problematik gebe (ebenso Ferson, § 168); vgl. auch 3 Am. Jur.2d, § 316.

Einige Urteile entscheiden zu Gunsten[1], andere zu Lasten[2] des Geschäftsherrn[3].

Bemerkenswert ist, daß eine Zahlung des Prinzipals an den Mittler jedenfalls dann eine Einwendung gegenüber dem Dritten begründen soll, wenn diese Leistung vor dem Vertragsschluß zwischen dem Dritten und dem Mittler erbracht wurde. In einem solchen Falle habe der Geschäftsherr den Mittler nicht zum Abschluß eines Kreditgeschäftes, sondern nur zu einem Zug um Zug unmittelbar abzuwickelnden Vertrag autorisiert und werde folglich durch ein weisungswidriges Verhalten des agent auch nicht gebunden[4].

In der englischen Rechtsprechung findet sich zwar kein Urteil zu genau dieser Konstellation aber einige Randbemerkungen, die dieselbe Ansicht erkennen lassen. So heißt es bereits in dem alten Urteil Robson v. Charretier[5]:

> "... if the principal did not furnish his agent with ready money, he would be liable,..."

---

1) Fish v. Wood (1855) 4 E.D. Smith 327; Rowan v. Buttman (1865) 1 Daly 412; Montague Mailing Machinery Co. v. All-Package Grocery Stores Co. (1918) 182 App.Div. 500, 169 N.Y.S. 920; Senor v. Bangor Mills, Inc. (1954) 211 F.2d 685.

2) Hyde v. Wolf (1832) 4 La. 234, 23 Am. Dec. 484; Bonnell v. Briggs (1866) 45 Barb. 470; Poretta v. Superior Dowel Co. (1957) 137 A.2d 361.

3) Weitere Rechtsprechungsnachweise finden sich in der Entscheidung Poretta v. Superior Dowel Co. a.a.O.

4) Laing v. Butler (1885) 37 Hun. 144 (das Urteil ist auch wiedergegeben bei Steffen, S. 586 ff); Fradley v. Hyland (1888) 37 F. 49; Harder v. Continental Printing u. Playing Card Co. (1909) 117 N.Y.S. 1001.

5) (1799) 99 E.R. 723.

In der Entscheidung Heald v. Kenworthy stellt Richter Pollock, bevor er die Einwendung des Geschäftsherrn verwirft, zunächst fest, daß der agent zum Abschluß eines Vertrages auf Kredit bevollmächtigt gewesen sei[1]. Andererseits weist Richter Park in demselben Fall darauf hin, der Geschäftsherr müsse darauf achten, daß sein agent den Kaufpreis bezahlt habe

> "and the giving the agent money for that purpose does not amount to payment, unless the agent pays it accordingly".

Diese Bemerkung läßt allerdings nicht erkennen, ob sie sich nur auf eine nachträgliche Zahlung bezieht oder ob sie auch eine Vorleistung einschließen soll.

In Smethurst v. Mitchell[2] fügt Richter Crompton an die Feststellung, daß der Dritte sich wegen des Kaufpreises an den Geschäftsherrn halten könne, folgende Bemerkung an:

> "whether he can do this only in cases where the agent had authority from the principal to pledge his credit I do not say."[3]

Deutlicher sind die Worte von Richter Brett in dem Urteil Harris v. Truman[4]. Dort ging es um das Eigentum an Waren, die ein Mittelsmann zwar im eigenen Namen, aber für einen Geschäftsherrn eingekauft hatte[5].

---

1) (1855) 10 Exch. 745, 156 E.R. 641.

2) (1859) 1 El.u.El. 632, 120 E.R. 1046.

3) Vgl. auch die entsprechende unbeantwortet gebliebene Frage von Richter Wilde in Smyth v. Anderson (1849) 7 C.B. 21 (26), 137 E.R. 9 (12).

4) (1882) 9 Q.B. 264.

5) Vgl. zu dieser Entscheidung o.S. 33.

In einer Bemerkung zu den obligatorischen Rechtsbeziehungen wird ohne Bezug auf Präjudizien festgestellt, daß der Dritte nur dann den Geschäftsherrn belangen könne, wenn dieser den Mittler zum Abschluß eines Kreditgeschäftes bevollmächtigt habe.

Es erstaunt, daß die amerikanischen Urteile und diese Bemerkungen in den englischen Entscheidungen in England keine weitere Beachtung zu finden scheinen. Denn ein solcher Grundsatz hätte nicht nur für die Behandlung der Einwendungen des Geschäftsherrn Bedeutung, sondern würde in der Praxis zu einer weitgehenden Einschränkung des ganzen Instituts der undisclosed agency führen.Es ergäbe sich folgendes: wenn dem Mittler vorab der Kaufpreis zur Verfügung gestellt wird, entsteht für den Geschäftsherrn durch den Vertragsschluß des agent gar keine Verpflichtung, d.h. die eine "Hälfte" der undisclosed agency käme nicht zur Anwendung. Damit würde sich aber auch die Frage stellen, wie es mit der anderen "Hälfte" aussähe, ob der Geschäftsherr auch kein Forderungsrecht gegen den Dritten erwürbe. Geht man von der Begründung der mangelnden Vollmacht des Mittlers (für ein Kreditgeschäft) aus, so müßte an sich jegliche vertragliche Beziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn und damit auch ein Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Mittler geleugnet werden.

Auch § 208 des Rest. geht davon aus, daß der Geschäftsherr sich nicht auf sein Verhältnis zu dem agent berufen kann[1]. In der Kommen-

---

1) In dem Urteil Senor v. Bangor Mills Inc. (1954) 211 F.2d 685, 689 wird die Ansicht des Rest. als die Mindermeinung bezeichnet.

tierung zu dieser Vorschrift wird allerdings ebenfalls eine Einschränkung für den Fall gemacht, daß dem agent das Geld vorab zur Verfügung gestellt wurde[1].

Ebenso wie das Rest. war auch Mechem in der Vorauflage seines Werkes der Meinung, daß der Prinzipal sich nicht mit den Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Mittler verteidigen kann[2]. Nunmehr neigt er jedoch der Gegenansicht zu; diese sei vielleicht ein bißchen weniger logisch als die englische Meinung und die Auffassung des Rest., aber vielleicht sei sie auch

> "a little more reasonable and consistent with actual business practices. One who has set up an agent in business under his own (the agent's) name will naturally expect the public to deal with him exclusively and to look to him for payment. Unless he has notice of facts which should put him on his guard it would seem that the principal has done his duty to customers of the agent: if he has seen to it that the agent is properly kept in funds to meet his obligations. The customers have not relied on the principal's credit. Just as he is not entitled to enforce the contract when to do so would be inequitable to the third party, it seems that it should not be enforced against him when to do so is inequitable to him."[3]

b) Stellungnahme

Bei der hier behandelten Problematik geht es sozusagen um das Spiegelbild der obigen Erörterung bezüglich der Einwendungen des Dritten.

---

1) Ebenso Com. c. zu Rest. § 194.

2) Dritte Auflage § 469 Note 27 zit. nach Seavey (Studies), S. 211.

3) Mechem, § 186.

Wurde dort die Frage gestellt, ob der Dritte sich gegenüber dem Prinzipal auf sein Verhältnis zu dem Mittler berufen kann, so wird hier diskutiert, inwieweit der Prinzipal sich dem Dritten gegenüber aus seinem Verhältnis zu dem agent verteidigen kann. Die Antworten, die das anglo-amerikanische Recht gibt, ähneln sich sowohl was den Inhalt, als auch was die Begründung angeht. Ausgangspunkt und Argumentationsschwerpunkt ist auch bezüglich der Einwendungen des Geschäftsherrn die Feststellung, daß dieser dem Dritten auf Grund des vom agent abgeschlossenen Vertrages als Prinzipal die Leistung schulde. Weil diese Verpflichtung bestehe, könne sich der Geschäftsherr auf eine Zahlung an den oder Aufrechnung gegenüber dem Mittler nur dann berufen, wenn der Dritte das Verhalten des Geschäftsherrn "veranlaßt" habe. So vermeintlich logisch auch hier wiederum diese Argumentation aus konstruktiver Hinsicht erscheint[1], so bedeutet sie dennoch den Verzicht auf eine konkrete Wertung der Interessenlage und kann deswegen nicht befriedigen.

---

1) Vgl. die Argumentation in dem Urteil Irvine v. Watson (s.o.S. 72f); in der amerikanischen Entscheidung Bonnell v. Briggs (1866) 45 Barb. 470 heißt es: "This, I think, is the inevitable logical consequence from the legal principle which fixes the liability of the undisclosed principal ... The liability once fixed, it can only be discharged by payment to the seller or to the seller's agent." Ähnlich das jüngere Urteil Poretta v. Superior Dowel Co. (1957) 137 A.2d 361; entsprechend bezeichnet Lewis (9 Col. L.R. (1909) 127) die fortbestehende Haftung des Geschäftsherrn als "logical necessity".

Eine Betrachtung der gesamten Situation führt zu dem Ergebnis, daß dem Geschäftsherrn bei einer undisclosed agency die Berufung auf Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Mittler gestattet werden sollte. Aus der Sicht des Dritten besteht kein Grund, dem Geschäftsherrn die Geltendmachung dieser Einwendungen zu verwehren. Denn der Dritte hatte, da er nichts von der Existenz des Geschäftsherrn wußte, nur auf die Leistungsfähigkeit des Mittlers vertraut; die Zulassung der Verteidigungsrechte des Geschäftsherrn bedeutet für ihn also nur, daß ihm in dieser Situation aus der Konstellation der undisclosed agency kein besonderer Vorteil erwächst. Er befindet sich dann in derselben Lage, wie wenn der Mittler sein einziger Vertragspartner wäre.

Das insbesondere in dem letzten Grundsatzurteil Irvine v. Watson[1] auftauchende Argument, der Geschäftsherr habe um seine Verpflichtung gewußt, kann nicht überzeugen. Gerade das Urteil Armstrong v. Stokes[2] und die oben wiedergegebene Anmerkung von Mechem zeigen, daß der laienhafte Geschäftsherr bei einer undisclosed agency keine solche Vorstellung hat. Er wird zwar wissen, daß durch das Handeln eines von ihm Beauftragten für ihn eine Verpflichtung entsteht, aber er wird keine Vorstellung davon haben, daß diese Verpflichtung nur gegenüber dem Dritten besteht und nicht durch eine Zahlung an den Mittler getilgt werden kann.

---

1) s.o.S. 72 f.

2) s.o.S. 71 f.

Des weiteren spricht eine praktische Überlegung dafür, dem Geschäftsherrn eine Berufung auf die Einwendungen nicht zu verwehren. Eine fortbestehende Haftung des Prinzipals führt zwangsläufig zu einer wesentlichen Einengung des Anwendungsbereichs der mittelbaren Stellvertretung. Denn der Geschäftsherr muß - will er dem Risiko einer doppelten Inanspruchnahme vorbeugen - entweder einen agent finden, der ihm, dem Geschäftsherrn, Kredit gewährt und den Dritten mit eigenen Mitteln bezahlt, oder er muß sich laufend um den Verrechnungsstand zwischen dem Dritten und dem agent kümmern; folgt man allerdings der Meinung, daß der Geschäftsherr bei einer Vorleistung an den Mittler mangels Vollmacht zu einem Kreditgeschäft nicht verpflichtet wird, braucht der Prinzipal wenigstens in diesem Falle keine doppelte Inanspruchnahme zu befürchten. Insbesondere ist auch das Zusammenspiel mit der Problematik, wann und auf welche Weise das Nebeneinander von agent und Geschäftsherrn als Schuldner enden kann, zu beachten. Die Gefahr für den Prinzipal ist am größten, wenn man bei dieser Frage die Ansicht vertritt, der Dritte werde nur durch eine tatsächliche Befriedigung gehindert, den Prinzipal in Anspruch zu nehmen[1]. Da aber allgemein ein Bedürfnis für die Art der Arbeitsteilung, die sich hinter dem Begriff der undisclosed agency verbirgt,

---

1) s. dazu im einzelnen o.S. 34 ff.

anerkannt wird, ist eine solche starke Beschränkung ihres Anwendungsbereiches nicht wünschenswert.

Insgesamt sprechen also die besseren Gründe für ein Freiwerden des Geschäftsherrn, wenn er an den agent geleistet oder ihm gegenüber aufgerechnet hat[1]. Diese Lösung erscheint - um nochmals Mechem zu zitieren - "a little more reasonable and consistent with actual business practice"[2].

Nach diesen Überlegungen stellt sich die Frage, warum die h.M. des anglo-amerikanischen Rechtes die Einwendungen des Geschäftsherrn aus seinem Verhältnis zu dem Mittler anders beurteilt. Zur Beantwortung kann im wesentlichen auf die Überlegungen aus der Entscheidung Armstrong v. Stokes[3] zurückgegriffen werden. Der Schlüssel liegt auch hier wieder in der historischen Entwicklung.

Bei einer Betrachtung der oben wiedergegebenen Entscheidungen fällt zunächst auf, daß mit dem Urteil Armstrong v. Stokes[4] zum ersten und bisher im englischen Recht einzigen Male ein Sachverhalt entschieden wurde, in dem der

---

1) So ist auch Miller-Erzbach (Mittelbare Stellvertretung), S. 33, 39, der an sich die Direktberechtigung des anglo-amerikanischen Rechts als vorzugswürdig bezeichnet, der Meinung, daß der Geschäftsherr durch eine Leistung an den Mittler freiwerden sollte.

2) Mechem, § 186; s. dazu schon o.S. 79.

3) (1872) L.R. 7 Q.B. 598.

4) a.a.O.

Dritte keine Kenntnis von der Existenz eines Hintermannes hatte. In den früheren Urteilen, in denen die Geltendmachung von Einwendungen durch den Geschäftsherrn nicht zugelassen wurde[1], handelte es sich bei dem Mittelsmann jeweils um einen Broker. Es wurde aber bereits oben[2] darauf hingewiesen, daß derjenige, der Waren an einen Broker verkaufte, von der Existenz eines Geschäftsherrn wußte, auch wenn der Mittler im eigenen Namen handelte[3] (partially disclosed agency); ihm war bekannt, daß er wegen des Verkaufspreises im Bedarfsfalle auch den Hintermann belangen konnte. Entsprechend war sich auch der Prinzipal darüber im klaren, daß er möglicherweise von dem Vertragspartner des Brokers in Anspruch genommen werden würde. Diese Situation hebt sich aber deutlich von der Fallkonstellation ab, in welcher der Dritte den Mittler für seinen einzigen Vertragspartner hält. Die frühen Urteile betreffen deswegen nicht die Situation einer echten undisclosed agency. In solchen Fällen

---

1) Nelson v. Powell (1784) 3 Doug. 410, 99 E.R. 723; Kymer v. Suwercropp (1807) 1 Camp. 109, 170 E.R. 894; Waring v. Favenck (1807) 1 Camp. 85, 170 E.R. 886.

2) s.o.S. 26.

3) So Richter Blackburn in: Armstrong v. Stokes (1872) L.R. 7 Q.B. 607; daß ein Broker somit bei einem Einkauf im eigenen Namen handeln durfte, bedeutet nur scheinbar einen Widerspruch zu den Ausführungen in dem Urteil Baring v. Corrie (vgl. dazu o.S. 61), in dem ausgeführt wurde, daß ein Broker nur im fremden Namen auftreten darf. Diese Aussagen sind deswegen nicht unvereinbar, weil in der Entscheidung Baring v. Corrie nur von einem Verkauf durch einen Broker die Rede ist, während in Armstrong v. Stokes die Situation eines Kaufes durch einen Broker angesprochen wird. Ein Broker durfte also offenbar zwar im eigenen Namen kaufen aber nur im fremden Namen verkaufen.

ist es aber verständlich, wenn dem Geschäftsherrn die Berufung auf eine Zahlung an oder Aufrechnung gegenüber dem Mittler verwehrt wird. Wenn der Geschäftsherr eines Brokers grundsätzlich weiß, daß er von dem Dritten in Anspruch genommen werden kann, und wenn er weiterhin weiß, daß der Dritte Kenntnis von seiner Existenz hat und die Inanspruchnahme des Geschäftsherrn in seine Überlegungen einbezogen hat, dann liegt es näher, dem Geschäftsherrn die Berufung auf Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Broker grundsätzlich zu versagen, als wenn der Dritte den Mittler als seinen alleinigen Vertragspartner ansieht.

Daß die Broker-Situation anfänglich als ein Spezialfall angesehen wurde, zeigen auch die früheren Urteile, in denen es sich bei dem Mittler nicht um einen Broker handelte: die Entscheidungen Railton v. Hodgson[1] und Thomson v. Davenport[2] gehen nicht von dem Grundsatz aus, daß dem Geschäftsherrn die Berufung auf Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Mittler verwehrt ist. Ihre Formulierungen sind wesentlich vorsichtiger[3]. Bei den nachfolgenden Entscheidungen[4] handelte es sich bei dem Mittelsmann zwar nicht mehr um einen Broker, aber die Sachverhalte waren insoweit vergleichbar, als es auch bei ihnen nicht um einen undisclosed principal, sondern nur um einen unknown principal ging. Die Übertragung

---

1) (1804) 128 E.R. 456 Fn.a.

2) (1829) 9 B.u.C. 78, 109 E.R. 30.

3) s.o.S. 66 ff.

4) Smyth v. Anderson (1849) 7 C.B. 21, 137 E.R. 9; Macfarlane v. Giannacopulo (1858) 3 H.u.N. 860, 157 E.R. 717; Smethurst v. Mitchell (1859) 1 El.u.El. 622, 120 E.R. 1043.

der somit an Hand von Fällen einer partially disclosed agency entstandenen Ergebnisse auf die undisclosed agency wurde wahrscheinlich eingeleitet durch das Urteil Heald v. Kenworthy[1], welches nicht erkennen läßt, ob der Dritte Kenntnis von der Existenz eines Hintermannes hatte.

Die Einbeziehung auch der Fälle einer echten verdeckten Stellvertretung wurde dadurch begünstigt, daß die grundsätzliche Unzulässigkeit der Einwendungen sich scheinbar logisch zwingend aus der Direktberechtigung ergibt.

Zusammengefaßt kann also festgestellt werden, daß die Behandlung der Einwendungen des Geschäftsherrn auf den Spezialfall zurückgeht, in dem ein Broker für seinen Geschäftsherrn einkauft. Während es verständlich ist, daß bei dieser Fallkonstellation dem Geschäftsherrn die Berufung auf Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Mittler verwehrt wurde, war es falsch, die dort gefundenen Ergebnisse ohne Rücksicht auf die veränderte Fallkonstellation nicht nur allgemein auf andere Fälle einer partially disclosed agency, sondern auch auf Situationen, denen eine echte undisclosed agency zu Grunde lag, zu übertragen. Diese Entwicklung konnte deswegen - bis auf das Urteil Armstrong v. Stokes - so widerspruchsfrei verlaufen, weil die Situation einer undisclosed agency immer nur abstrakt erörtert wurde, ohne daß man durch den Zwang, ein konkretes Urteil fällen zu müssen, auf die Bedenklichkeit des Ergebnisses gestoßen wäre, und weil des weiteren diese Lösung sich logisch

1) (1855) 10 Exch. 739, 156 E.R. 638.

aus dem Grundsatz der Direktberechtigung zu ergeben scheint.

3. Der fehlerhafte Ansatzpunkt bei der Einwendungsdiskussion

Die Auseinandersetzung mit der Einwendungslehre sowohl bezüglich der Person des Geschäftsherrn als auch bezüglich der Person des Dritten führte zu dem gleichen Ergebnis: die Auffassung des anglo-amerikanischen Rechtes, welche in beiden Situationen die Zulässigkeit der Einwendungen von einer Veranlassung durch den jeweils anderen abhängig macht, ist abzulehnen. Neben der bereits im einzelnen vorgetragenen Kritik krankt dieser in beiden Fallgruppen vorgebrachte, scheinbar logische Veranlassungsgesichtspunkt an einem gemeinsamen Fehler. Diese Argumentation läßt nämlich außer acht, daß es - wie oben dargelegt - gerade die Behandlung der Einwendungen (neben der Situation der Leistungsunfähigkeit des Mittlers) ist, an Hand derer sich entscheidet, ob die mittelbare der unmittelbaren Stellvertretung gleichzusetzen ist. Dementsprechend hatte sich die undisclosed agency auch an Hand von Fällen zur Einwendungsproblematik entwickelt. Man gelangte also über die Behandlung der Einwendungen zur Direktberechtigung. Wenn man nun mittels des Veranlassungsgesichtspunktes versucht, die Lösung der Einwendungsfrage aus der Direktberechtigung als solcher abzuleiten, stellt man die Entwicklung auf den Kopf. Die Veranlassungsar-

gumentation stellt also im Grunde eine Art Zirkelschluß dar und muß auch deswegen als untauglich verworfen werden.

Die bisherige Diskussion übersieht, daß sich hinter der Einwendungsproblematik letztlich die Frage nach der Berechtigung der undisclosed agency als solcher verbirgt[1]. Nicht die Direktberechtigung entscheidet über die Behandlung der Einwendungen, sondern die Behandlung der Einwendungen entscheidet umgekehrt mit über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Direktberechtigung. Ohne an dieser Stelle bereits eine erschöpfende Antwort zu geben, kann jedenfalls hier schon auf Grund der obigen Überlegungen festgestellt werden, daß die richtige Behandlung der Einwendungen - nämlich sowohl diejenige des Dritten als auch diejenige des Geschäftsherrn zuzulassen - gegen die Konzeption einer Direktberechtigung spricht.

E. Anfechtungsmöglichkeit des Geschäftsherrn, wenn nur er, nicht aber der Mittler sich geirrt hat?

In der Entscheidung Collins v. Associated Greyhound Racecourses, Ltd.[2] war über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: der Geschäftsherr

1) Nur in der Entscheidung Armstrong v. Stokes (1872) L.R. 7 Q.B. 598, 604, scheint Richter Blackburn diesen Zusammenhang gespürt zu haben.

2) (1930) 1 Ch. 1, C.A.

hatte über einen Strohmann neu ausgegebene Aktien einer Gesellschaft erworben. Der Prospekt, auf Grund dessen er sich zum Erwerb entschlossen hatte, enthielt irrtümlicherweise falsche Angaben. Der Mittler war durch sie nicht getäuscht worden. Eine Anfechtung durch den Geschäftsherrn wurde nicht zugelassen.

Zwei Richter stützten sich dabei auf das Argument, daß der zwischen der Gesellschaft und dem Mittler abgeschlossene Vertrag einen derart persönlichen Charakter trage[1] - der Gesellschaft könne es nicht gleichgültig sein, wer ihre Anteile erwerbe -, daß ein undisclosed principal aus ihr keine Rechte geltend machen und damit auch nicht anfechten könne. Demgegenüber begründet Lord Russell das Ergebnis auch damit, daß nur ein Irrtum des Mittlers, nicht aber die Fehlvorstellung des Geschäftsherrn eine Anfechtung ermögliche[2].

F. Das Spannungsverhältnis zwischen Undisclosed Agency und Vertragsfreiheit

Im Jahre 1848 lehnt Lord Denman in der Entscheidung Humble v. Hunter[3] einen Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten u.a. mit folgenden, später oft zitierten Worten ab:

> "You have a right to the benefit you contemplate from the character, credit and substance of the party with whom you contract."[4]

---

1) Zu den Einzelheiten dieses Kriteriums s.u.S. 91 f.

2) a.a.O. S. 37.

3) 12 Q.B. 310, 116 E.R. 885.

4) Zu dem Urteil im einzelnen s.u.S. 98 f.

Aus dieser Formulierung ergibt sich ein gewisses Spannungsverhältnis zu den Regeln der undisclosed agency, welche ein vertragliches Verhältnis zwischen dem Dritten und dem ihm unbekannten Geschäftsherrn bejaht. Ein solcher Widerspruch wurde zunächst nicht erkannt. So wird in der amerikanischen Entscheidung Winchester v. Howard[1] eine Kaufpreiszahlungsklage eines ehemaligen Eigentümers, der seine Ochsen durch einen agent in dessen Namen an einen Dritten hatte verkaufen lassen, zurückgewiesen. Nach Anführung des obigen Zitates aus dem Urteil Humble v. Hunter heißt es weiter:

> "There may be good reasons why one should be unwilling to buy a pair of oxen that had been owned or used or were claimed by a particular person, or why he should be unwilling to have any dealings with that person; and as a man's right to refuse to enter into a contract is absolute, he is not obliged to submit the validity of his reasons to a court or jury."[2]

Auch hier sah man keinen Widerspruch zu den Grundsätzen der undisclosed agency, die nicht einmal erwähnt wurde[3]. Daß nicht nur die Erbringung der Leistung als solche, sondern auch der Umstand, von wem sie erbracht wird, von Bedeutung sein kann - dies war ein neues Problem, welches im Grunde nicht in das Schema der undisclosed agency hineinpaßte.Auch hier mag die Ursache in der historischen Entwick-

---

1) (1867) 97 Mass. 303.

2) Eine ähnliche Formulierung findet sich in der nachfolgenden später viel zitierten Entscheidung Boston Ice Co. v. Potter (1877) 123 Mass. 28, 30.

3) Dies mag auch daran gelegen haben, daß in diesem konkreten Fall noch ein fraudulöses Verhalten des Mittlers hinzukam: dieser hatte auf eine entsprechende Frage des Dritten wahrheitswidrig das Eigentum des Geschäftsherrn an den Ochsen verneint.

lung dieses Instituts gesehen werden. Es entwickelte sich als Instrument, um die Kaufpreiszahlungspflicht des Dritten bzw. des Geschäftsherrn zu begründen; von wem die Leistung erbracht wurde (und auch an wen sie letztlich gelangte), war im Grunde gleichgültig. So ist es zu erklären, daß die Problematik, welche im folgenden dargestellt werden soll, erst verhältnismäßig spät zur Diskussion kam.

1. Fallkonstellationen, über deren Behandlung man im Grundsatz einig ist

Wenn der Dritte sich verpflichtet, ein Portrait zu malen, eine Dienstleistung zu erbringen[1], ein Buch zu schreiben[2], bei Schadensfällen Ersatz zu leisten (Versicherungsvertrag)[3], Geld zu leihen[4], eine Operation durchzuführen u.s.w., ist es auf den ersten Blick einsichtig, daß hier wegen des Schutzes des Dritten ein Forderungsrecht des Geschäftsherrn nach den Regeln der undisclosed agency nicht in Betracht kommen kann. Zur Bestimmung dieser Verträge wird zumeist darauf abgestellt, ob das zwischen dem Dritten und dem Mittler abgeschlossene Rechtsgeschäft "personal trust and confidence" (oft werden auch sinngleiche ähn-

1) Beispiele aus Boston Ice Co. v. Potter a.a.O.

2) Beispiel von Richter Bankes in Greer v. Downs Supply Co. (1927) 2 K.B. 28, 33.

3) Franklin Fire Ins. Co. v. Shadid (1934) 68 S.W.2d 1030 (der Mittler als agent für den Geschäftsherrn, dessen Sachen er glaubte mitversichert zu haben).

4) Shields v. Coyne (1910) 148 Ia. 313, 127 N.W. 63.

liche Formulierungen verwandt) enthalte bzw. erfordere[1]. In der Literatur wird teilweise als entscheidend angesehen, daß der Dritte keine andere als die versprochene Leistung erbringen und empfangen muß[2], teilweise nach der Bedeutung der Person des Mittlers gefragt[3]. Goodhart und Hamson wollen ein Eingreifen des undisclosed principal dann zulassen, wenn der Anspruch des Mittlers abtretbar wäre[4].

Daß die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, zeigt der berühmte Theaterkartenfall Said v. Butt[5]: Der Kläger, ein Kritiker, wollte einer Theaterpremiere beiwohnen. Da er wußte, daß der beklagte Theaterbesitzer ihm wegen einiger vorangegangener negativer Kritiken keine Karten verkaufen würde, bat er einen Freund, ein Ticket für ihn zu erwerben. Vergeblich verlangte er als undisclosed principal, zum Theaterbesuch zugelassen zu werden. Seine Schadensersatzklage wies das Gericht mit der Begründung zurück, daß das "personal element" des Vertrages offensichtlich sei. Das Gericht räumte aber ein, daß die Frage "one of difficulty" sei, und stützte deswegen

---

1) USA: Sullivan v. Shailor (1898) 70 Conn. 733, 40 A. 1054; Shields v. Coyne a.a.O.; Hawkins v. Windhorst (1912) 87 Kan. 176, 123 Pac. 761; Sydney v. Mugford Printing u. Engraving Co. (1914) 214 F.841; Walton v. Davis (1913) 22 Cal.App.456, 134 Pac. 795; Franklin Fire Ins. Co. v. Shadid a.a.O.; Akwell Corp. v. Eiger (1956) 141 F.Supp. 19;
England: Said v. Butt (1920) 3 K.B. 497; Dyster v. Randall (1926) 1 Ch.932; Collins v. Ass. Greyhound Racecourses Ltd. (1930) 1 Ch.1,C.A.

2) Williston, S. 351 f; Ferson, § 178; Note: 44 Harv. L.R. (1930/31) 1271; vgl. auch Rest. §§ 309, 310.

3) Stoljahr, S. 224; Powell, S. 158; Anson, S. 597; Mechem, § 166; Note: 75 U.of Pa.L.Rev.(1927) 763.

4) 4 Cam. L.J. (1932) 345; ebenso Chitty, Rdz. 2051.

5) (1920) 3 K.B. 497.

die Klageabweisung noch auf einen weiteren Grund. Ferson stimmt der Entscheidung unter Hinweis darauf zu, daß die Verpflichtung des Theaters, dem undisclosed principal den Besuch zu gestatten, eine andere sei, als die Verpflichtung, dem Mittler Zutritt zu gewähren[1].

Weiterhin besteht Einigkeit darüber, daß die bloße innere Aversion des Dritten, mit dem Geschäftsherrn in vertragliche Beziehung zu treten oder der bloße innere Wille, nur mit dem Mittler einen Vertrag abzuschließen, keinen Hinderungsgrund für die Entstehung einer undisclosed agency bildet[2].

Andererseits kann der Dritte dann, wenn der Mittler ihm ausdrücklich wahrheitswidrig versicherte, nicht für einen undisclosed principal zu handeln, den Vertrag nach den allgemeinen Regeln wegen Täuschung anfechten[3]. Damit wird allerdings nicht nur ein Eingreifen des undisclosed principal verhindert,

---

1) § 178; vgl. des weiteren auch das oben S. 88 f bereits erwähnte Urteil Collins v. Associated Greyhound Racecourses, Ltd. (1930) 1 Ch. 1, C.A.

2) England: dies ergibt sich aus den Urteilen Nash v. Dix (1898) 78 L.T. 445; Dyster v. Randall (1926) 1 Ch. 932;
USA: Kelly v. Thuey (1898) 143 Mo. 422, 45 S.W. 300 (anders die Vorinstanz (1897) 102 Mo. 522, 15 S.W. 62); Cole v. Hunter Tract Improvement Co. (1910) 61 Wash. 365, 112 Pac. 368; Prosper v. Smith (1923) 67 Mont. 308, 215 Pac. 649; Akwell Corp. v. Eiger (1956) 141 F.Supp. 19.

3) England: vgl. Archer v. Stone (1898) 78 L.T. 34 (dort ging es allerdings um eine Abtretung); Treitel, S. 503; Powell, S. 159;
USA: Kayton v. Barnett (1889) 116 N.Y. 625, 23 N.E. 24; Rest. § 304.

sondern auch die Rechtsbeziehung zu dem Mittler zerstört[1].

2. Kenntnis des Mittlers und/oder des Geschäftsherrn von der Abneigung des Dritten

Zwischen einer ausdrücklichen oder konkludenten Täuschung einerseits und der bloßen inneren Abneigung andererseits ist folgende Fallkonstellation angesiedelt: die Aversion des Dritten gegen den undisclosed principal hat in dem Vertrag keinen Ausdruck gefunden (insbesondere liegt keine Täuschung vor), aber der Mittler und/oder der Geschäftsherr haben Kenntnis von der inneren Einstellung des Dritten. Die bloße Nichtaufklärung des Dritten kann nicht als Täuschung durch eine pflichtwidrige Unterlassung angesehen werden, da die Regelung der undisclosed agency davon ausgeht, daß gegenüber dem Dritten keine Verpflichtung besteht, auf das Vertretungsverhältnis hinzuweisen[2]. Eine Ausnahme kann nur dann angenommen werden, wenn zwischen dem Dritten und dem Mittler ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, durch welches ausnahmsweise eine bloße Nichtaufklärung zu einer

1) In dem Urteil White Tower Management Corp. v. Taglino (1939) 302 Mass. 453, 19 N.E.2d 700, wird allerdings nicht auf eine Anfechtung abgestellt, sondern nur dargelegt, daß der undisclosed principal bei einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Täuschung des Dritten durch den Mittler nicht gegen den Dritten vorgehen könne.

2) Note: 75 U. of Pa.L.Rev. (1927) 764; Seavey (Studies), S. 317.

Täuschung qualifiziert wird[1].

In England werden in diesem Zusammenhang in erster Linie drei Entscheidungen diskutiert:

a) In Nash v. Dix[2] wollten Katholiken von dem Beklagten eine Kapelle kaufen. Da bekannt war, daß dieser nicht an Katholiken verkaufen würde, boten diese dem Kläger einen Zwischengewinn, wenn er die Kapelle von dem Beklagten erwerben würde, um sie dann ihnen weiter zu verkaufen. Als die Beklagten davon erfuhren, weigerten sie sich, das Grundstück an den Kläger zu übereignen. Der Klage wurde stattgegeben, weil der Kläger kein agent, sondern ein Zwischenerwerber und weil ihm keine Täuschung vorzuwerfen sei.

b) Bei der zweiten Entscheidung handelt es sich um den bereits oben wiedergegebenen Theaterkartenfall Said v. Butt[3].

c) In dem dritten Fall schließlich, in Dyster v. Randall[4], war dem Kläger bekannt, daß der Beklagte an ihn kein Land verkaufen würde. Deswegen schaltete er einen agent ein. Dem Erfüllungsbegehren des Klägers wurde stattgegeben. Die bloße Nichtaufklärung könne auch dann nicht als Täuschung angesehen werden, wenn der Geschäftsherr von der ablehnenden Einstellung des Dritten gewußt habe.

---

1) Powell, S. 159.

2) (1898) 78 L.T. 445.

3) (1920) 3 K.B. 497, s. zu dieser Entscheidung o.S. 92f.

4) (1926) 1 Ch. 932.

Die erste Entscheidung, nämlich Nash v. Dix, scheint dafür zu sprechen, das Wissen des Geschäftsherrn oder/und des Mittlers als relevanten Umstand anzusehen, weil die Verneinung einer agent-Stellung einen Grund bildete, die Klage zuzusprechen. Das Hauptargument war aber die Feststellung eines Zwischenerwerbes des Mittlers. Dies setzte jedoch voraus, daß der Mittler nicht als agent anzusehen war. Die Verneinung der agent-Eigenschaft stellt sich damit als ein Bestandteil der Zwischenerwerbsargumentation dar. Deswegen zwingt diese Begründung nicht zu dem Umkehrschluß, daß bei Bejahung einer agent-Stellung wegen des Wissens um die Abneigung des Beklagten die Klage abgewiesen worden wäre. Die Entscheidung Said v. Butt deutet dann bereits auf eine Unbeachtlichkeit des Wissens des Geschäftsherrn und des Mittlers hin. Denn das Gericht stützte die Ablehnung des Anspruchs des Geschäftsherrn nicht etwa auf dieses offen zutageliegende Faktum, sondern auf das schwierig abgrenzbare Kriterium des Charakters der Leistung des Dritten. Nachdem diese sich aus Said v. Butt ergebende Vermutung durch die Entscheidung Dyster v. Randall eindeutig bestätigt wurde, muß als Ansicht der englischen Rechtsprechung festgehalten werden: Das bloße Wissen des Prinzipals oder des agent von der Abneigung des Dritten, mit dem Geschäftsherrn zu kontrahieren, hindert die Rechtswirksamkeit der undisclosed agency nicht.

Die amerikanische Rechtsprechung ist anderer

Meinung[1]. Sie läßt ebenso wie die amerikanische[2] und Teile der englischen[3] Literatur den Einwand des Dritten zu, der Geschäftsherr habe um dessen(des Dritten) Abneigung, an den Geschäftsherrn eine Sachleistung zu erbringen, gewußt. Als Begründung wird entweder die Geltendmachung des Anspruchs durch den Geschäftsherrn als unzulässige Rechtsausübung angesehen, oder dem Dritten wird ein Anfechtungsrecht eingeräumt. (Mit diesen Begründungen stimmt es überein, daß in dem Urteil Beacham v. Coe Mortimer Co.[4] dem Dritten trotz des Wissens des Geschäftsherrn um die Abneigung des Dritten das Recht eingeräumt wurde, seinen Zahlungsanspruch gegen den Prinzipal durchzusetzen.)

---

1) Moore v. Vulcanite Portland Cement Co. (1907) 106 N.Y.S.393; Siess v. Anderson (1911) 159 Mo. App. 656, 139 S.W. 1178; Ritch v. Robertson (1914) 39 Conn. 459, 106 A. 509; Kaufman v. Sydeman (1925) 251 Mass. 210, 146 N.E. 365; Gwin v. Tusa (1927) 162 La. 949, 111 So. 339; Gloede v. Socha (1929) 199 Wis. 503, 226 N.W. 950;Wloczewski v. Kozlowski (1947) 395 Ill. 402, 70 N.E.2d 560; Nance, Inc. v. Winebarger (1949) 32 Tenn. App. 229, 222 S.W.2d 231.

2) Mechem, § 168; Seavey (Studies), S. 319 f; Williston, S. 349 Fn.6; Note: 44 Harv. L.R. (1930/31) S. 1274 f; Note: 75 U. of Pa. L.Rev. (1927)S.769 f. Etwas unsicher formuliert die Kommentierung a) zu Rest. § 304: "If the agent knows that the other party would not enter into transactions with the principal, his failure to disclose the existence of the principal may be such misleading conduct that a court of equity or a court of law acting with equity powers may grant rescission or other relief."

3) Powell, S. 164; Treitel, S. 504.

4) (1923) 30 Ga. App. 456, 118 S.E. 441.

Nach der Entscheidung Kelly Asphalt Block Co. v. Barber Asphalt Paving Co.[1] reicht allerdings die bloße Vermutung des Geschäftsherrn, der Dritte wolle nicht an ihn verkaufen, nicht aus, die Anwendung der undisclosed agency in Frage zu stellen.

3. Die sog. "Bezeichnungsrechtsprechung"

Neben einer ausdrücklichen Vereinbarung, daß der Vertragspartner des Dritten der alleinige Geschäftsherr sei und kein undisclosed principal existierte, soll nach einer in England vertretenen Meinung die für den Mittler gewählte Bezeichnung das Entstehen von Rechtsbeziehungen nach den Regeln der undisclosed agency verhindern können[2]. Dies wird aus einer Reihe von Urteilen abgeleitet, die in chronologischer Abfolge kurz wiedergegeben werden sollen:

In der grundlegenden Entscheidung Humble v. Hunter[3] bezeichnete sich der im eigenen Namen auftretende Vercharterer dem Dritten gegenüber als "owner of the ship", obwohl dieses in Wirklichkeit seiner Mutter(Geschäftsherr) gehörte. Deren Klage auf Zahlung der Frachtrate wurde abgewiesen. Die drei Richter begründeten ihre Entscheidung damit, daß der

---

1) (1914) 211 N.Y. 68, 105 N.E. 88.

2) Aus der Literatur: Cheshire und Fifoot, S. 473; Treitel, S. 502; Chitty, Rdz. 2051; Anson, S. 596 f; Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 327; Powell, S. 154 ff; Note: 61 L.Q.R. (1945) S. 132; Rest. § 303 b; ablehnend Stoljahr, S. 220 ff und wohl auch Reynolds, 94 L.Q.R. (1978) 225.

3) (1848) 12 Q.B. 310, 116 E.R. 885.

Sohn mit der Bezeichnung "owner" als Prinzipal kontrahiert habe, deswegen könne die Mutter nicht als Geschäftsherr auftreten[1]. Zunächst schien diese wichtige Entscheidung in England nicht weiter beachtet zu werden, denn erst im Jahre 1896 fand sie in dem Urteil Killick v. Price[2] wieder Erwähnung. Dort wollte sich der Geschäftsherr einer Zahlungsklage aus einem Darlehen dadurch erwehren, daß er den Darlehensgeber (Dritten) darauf hinwies, sein Vertragspartner sei nur der Mittler, welcher ihm (dem Dritten) gegenüber als Prinzipal aufgetreten sei. Dieser Einwand wurde schon deswegen verworfen und die Klage zugesprochen, weil der Mittler als agent gehandelt und der Dritte dies auch gewußt habe. Nebenbei bezweifelte der Richter aber, ob die Entscheidung Humble v. Hunter "would be recognized as an authority at the present time". Anderer Meinung waren alle drei Richter des Urteils Formby Brothers v. Formby[3]. Der Mittler hatte sich in einem Vertrag mit dem Bauunternehmer (Dritter) als "proprietor" bezeichnet. Der Geschäftsherr verteidigte sich gegen eine Zahlungsklage des Dritten unter Berufung auf die Entscheidung Humble v. Hunter; er könne nicht als undisclosed principal belangt werden, weil damit unzulässigerweise durch eine mündliche Beweisführung eine schriftliche vertragliche Vereinbarung (der Mittler unter der Bezeichnung "proprietor" als Vertragspartner) verdrängt werde. Die Richter

---

1) Die zusätzliche Begründung von Lord Denman ist o.S. 89 wiedergegeben.

2) (1896) 12 T.L.R. 263.

3) (1910) 102 L.T. 116.

stimmten dieser Argumentation zu und wiesen die in Killick v. Price laut gewordene Kritik an dem Urteil Humble v. Hunter zurück. (Nur aus verfahrensrechtlichen Gründen, weil der Geschäftsherr diesen Einwand in erster Instanz noch nicht vorgetragen hatte, sahen sich die Richter außerstande, auf diesen Einwand des Geschäftsherrn einzugehen und sprachen die Klage zu.)

Nach dem Tenor des Urteils Rederiaktiebolaget v. Hani[1] wurde in diesem Fall entschieden, daß die Bezeichnung des potentiellen Mittlers als "charterer" es nicht zulasse, einen potentiellen Geschäftsherrn als undisclosed principal anzuerkennen. In dem Vertrag zwischen dem Dritten und dem Mittler war für Meinungsverschiedenheiten ein Schiedsgerichtsverfahren vereinbart worden. Ein Schiedsrichter sollte von dem Mittler ernannt werden. Der Geschäftsherr wollte nun unter Berufung darauf, daß der Mittler als sein agent gehandelt habe, für einen Streitfall zwischen dem Mittler und dem Dritten einen Schiedsrichter benennen. Die wesentliche Argumentation von Richter Rowlatt lautet:

> "If it was merely a question of receiving money or taking delivery of goods, the identity of the person named would be immaterial; but there are several clauses in this charterparty which show that here different considerations apply"[2].

Dies versucht er an Hand verschiedener Klauseln, u.a. auch an der, welche das Recht zur Benennung eines Schiedsrichters beinhaltet,

---

1) (1918) 2 K.B. 247.

2) a.a.O. S. 249.

nachzuweisen. Daran zeigt sich, daß die Entscheidung letztlich gar nicht an den hier verwandten Begriff "charterer" anknüpft und der Urteilstenor insofern irreführend ist; das Ergebnis stützt sich in Wirklichkeit auf eine beachtliche Wertung. Demnach gehört dieser Fall gar nicht in die Reihe der hier diskutierten Urteile, welche ausschließlich an die für die Person des Mittlers gewählte Bezeichnung anknüpfen.

So wurde denn auch in dem ebenfalls im Jahre 1918 erstinstanzlich entschiedenen Fall Rederi Aktienbolaget Transatlantic v. Fred. Drughorn, Ltd.[1] die Bezeichnung des Mittlers als "charterer" nicht als Hinderungsgrund angesehen, eine Klage des Geschäftsherrn gegen den Eigentümer des Schiffes wegen Vertragsverletzung zuzulassen. Die Entscheidung wurde vom House of Lords bestätigt[2]. Während Viscount Haldane gar nicht auf das Urteil Rederiaktiebolaget v. Hani eingeht, weist Lord Shaw of Dunfermline darauf hin, daß er dieser Entscheidung nicht zustimme. Lord Sumner bezweifelt, ob es richtig gewesen sei, der Bezeichnung "charterer" in diesem Urteil so großes Gewicht beizumessen. Bezüglich der Entscheidungen Humble v. Hunter und Formby Brothers v. Formby kommen die Richter nicht zu einer einheitlichen Meinung. Während Viscount Haldane und Lord Sumner diese Fälle abgrenzen, führt Lord Shaw of Dunfermline aus, daß Zeiten kommen könnten, in denen die Grundsätze dieser zwei Fälle "may have to be reviewed in this House".

---

1) 1 K.B. 394.

2) Fred. Drughorn, Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic (1919) A.C. 203,H.L. (trotz der unterschiedlichen Schreibweise handelt es sich um denselben Fall).

In der Entscheidung Danziger v. Thompson[1] hatte sich der agent als "tenant" bezeichnet. Eine Klage des Vermieters (Dritter) gegen den Geschäftsherrn wurde dennoch zugelassen; der Begriff "tenant" enthalte ebensowenig wie der Ausdruck "charterer" die Aussage, daß die so beschriebene Person kein agent sei.

Auch in dem nächsten Fall, Epps v. Rothnie[2], wurde eine Klage des Geschäftsherrn zugelassen, obwohl für den Mittler in dem Vertrag mit dem Dritten der Begriff "landlord" verwendet wurde. Dabei bemerkt Richter Scott zu den alten Fällen Humble v. Hunter und Formby Brothers v. Formby, daß diese "should no longer be regarded as good law".

Letztlich wurde auch in dem Ausdruck "disponent owner" (Mittler) kein Grund gesehen, eine undisclosed agency zu verneinen[3].

Überblickt man diese Entscheidungen, so fällt zunächst auf, daß in allen neueren Fällen die Anwendung der Regeln der undisclosed agency zugelassen wurde[4]. Dies legt den Schluß nahe,

---

1) (1944) K.B. 654, 2 All E.R. 151.

2) (1946) 1 All E.R. 146.

3) O/Y Wasa Steamship Co., Ltd. and N.V. Stoomship "Hannah" v. Newspaper Pulp and Wood Export, Ltd. (1949) 82 Ll. L. Rep. 936.

4) Rederi Aktienbolaget Transatlantic v. Fred. Drughorn, Ltd. (1918) 1 K.B. 394; (1919) A.C. 203,H.L.; Danziger v. Thompson (1944) K.B. 654, 2 All E.R. 151; Epps v. Rothnie (1946) 1 All E.R. 146; O/Y Wasa Steamship Co., Ltd. and N.V. Stoomship "Hannah" v. Newspaper Pulp and Wood Export, Ltd. (1949) 82 Ll.L.Rep. 936, 951 ff; wenn Müller-Freienfels (RabelsZ 18 (1953) S. 64 f) an Hand der anders entschiedenen älteren Urteile Humble v. Hunter (1848) 12 Q.B. 310, 116 E.R. 885; Formby Brothers v. Formby (1910) 102 L.T. 116; Rederiaktiebolaget v. Hani (1918) 2 K.B. 247, von einer neueren Tendenz des anglo-amerikanischen Rechts spricht, so kann dem mit Rücksicht auf obige jüngere Entscheidungen nicht zugestimmt werden.

wie Richter Scott in Epps v. Rothnie, die früheren Entscheidungen als "overruled" anzusehen[1].

Nachdem das Urteil Rederiaktiebolaget v. Hani, weil es in Wirklichkeit auf anderen Überlegungen beruht, ausgeschieden wurde, bleiben nur die beiden Entscheidungen Humble v. Hunter und Formby Brothers v. Formby, die ausgehend von der konkreten Bezeichnung des Mittlers die Anwendbarkeit der undisclosed agency einschränken wollen. Dabei kann das letzte Urteil heute schon nicht mehr als Beleg dienen, weil sich dessen Ausführungen in erster Linie auf den heute nach allgemeiner Meinung überholten Grundsatz[2] stützen, daß die Angaben eines schriftlichen Vertrages (der Mittler als Vertragspartner) nicht durch eine mündliche Beweisführung widerlegt werden können (Geschäftsherr als undisclosed principal).

Die ganze Rechtsprechung reduziert sich damit auf die Meinung von drei Richtern in dem Ausgangsfall Humble v. Hunter. Deren Annahme kann nicht gefolgt werden.

Das Ergebnis dieser Entscheidung, eine Klage des Geschäftsherrn nicht zuzulassen, stützt sich auf keinerlei wertende Argumentation (etwa: ein angeblicher Schutz des Dritten), sondern nur auf das formelle Kriterium des für den Mittler gebrauchten Begriffs ("owner").

---

1) In der jüngeren neuseeländischen Entscheidung Murphy et Ux. v. Rae (N.Z.L.R. 1967, S. 103) wird zwar die Meinung vertreten, das Urteil Humble v. Hunter sei "still good law", aber in concreto wird die Verwendung der Begriffe "owner" und "proprietor" doch nicht als Hinderungsgrund für die Annahme einer undisclosed agency angesehen.

2) Vgl. Epps v. Rothnie (1946) 1 All E.R. 146 und die Darstellungen bei Stoljahr, S. 220 ff und Note: 61 L.Q.R. (1945) 130; 62 L.Q.R. (1946) 20 ff.

Dabei ergibt sich ein unverständlicher Widerspruch zu der Möglichkeit einer Abtretung. Hätte der Geschäftsherr die Forderung gegen den Dritten auf Grund einer Zession geltend gemacht, hätte die Klage zugesprochen werden müssen. Für den Dritten macht es aber keinen Unterschied, ob der Geschäftsherr als Zessionar oder als undisclosed principal ihm gegenübertritt. Es ist deswegen nicht einsichtig, wieso a l l e i n die - oft zufällig gewählte - Bezeichnung des Mittlers über die Zu- oder Unzulässigkeit einer undisclosed agency entscheiden soll. Es kann keinen Unterschied machen, ob in einem Vertrag nur der Name des agent oder auch seine Eigenschaft als "owner" oder "proprietor" angeführt wird. Inwieweit unterscheidet sich z.B. die Formulierung "A, der Eigentümer, vermietet an D..." von "A, als Vermieter, schließt einen Vertrag mit D"?

Viscount Haldane rechtfertigt in Fred. Drughorn,Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic[1] die Entscheidungen Humble v. Hunter und Formby Brothers v. Formby, in welchen es um die Begriffe "owner" bzw. "proprietor" ging, und grenzt sie damit gleichzeitig gegenüber dem von ihm zu entscheidenden Sachverhalt ab, in dem der Mittler als "charterer" bezeichnet wurde:

> "I see no reason to question that where you have the description of a person as the owner of property, and it is a term of the contract that he should contract as owner of that property, you cannot show that another person is the real

1) (1919) A.C. 207, H.L.

> owner. That is not a question of agency - that is a question of property."[1]

Ähnlich argumentiert Lord Sumner[2]:

> "There is a clear distinction between words in a contract which can be construed as saying 'AB, who prior to this contract was and who under it is and will be the single owner,' and words which can only mean 'AB, who by this contract becomes liable to the obligations and entitled to the rights, which this contract allots to the charterer.'"[3]

Mit diesen Ausführungen wird nur verschleiert, daß es in der vertraglichen Beziehung zwischen dem Dritten und dem agent immer nur um die gegenseitigen Rechte und Pflichten und nicht um die Eigentümerstellung des Mittlers geht. Die rein begriffliche Argumentation überzeugt nicht.

Jeder agent, der seine Eigenschaft als agent nicht zu erkennen gibt, handelt nach außen als Prinzipal. Neben diesem Grundsatz ist kein Raum für eine sich ausschließlich aus der Bezeichnung des agent ergebende Abrede, daß der Mittler auch tatsächlich der Prinzipal sei. Genau das wird aber von dem Urteil Humble v. Hunter[4] nicht beachtet.

Der Schlüssel zum Verständnis dieser Entscheidung ist wiederum in der Entwicklungsgeschichte der undisclosed agency zu finden. Die drei Richter, welche auf den Begriff "owner" abstellen, beziehen sich in ihrer Entscheidungsbegründung als Beleg auf das Urteil Lucas v.

---

1) a.a.O. S. 207.

2) a.a.O. S. 210.

3) Diese Argumentation übernehmen Treitel, S. 640; Anson, S. 596; Note: 61 L.Q.R. (1945) 132.

4) (1848) 12 Q.B. 310, 116 E.R. 885.

De la Cour[1]. Dort hatte einer von mehreren Gesellschaftern, der nicht den Kaufvertrag mit dem Dritten abgeschlossen hatte, den Kaufpreis eingeklagt. Lord Ellenborough wies in diesem Fall die Klage mit der Begründung ab, daß

> "... if one partner makes a contract in his individual capacity, and the other partners are willing to take the benefit of it, they must be content to do so according to the mode in which the contract was made."

Von agency oder gar undisclosed agency ist in dieser Entscheidung keine Rede. Die Erklärung dafür ist, daß sich zur damaligen Zeit (1813) das Institut der undisclosed agency noch gar nicht herausgebildet hatte. Bisher war in älteren Urteilen nur entschieden worden, daß bei einem An- oder Verkauf durch einen Factor oder Broker der Dritte von dem Hintermann bzw. dieser von dem Dritten den Kaufpreis verlangen könne[2]. Deswegen kam man wahrscheinlich gar nicht auf die Idee, diesen Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt einer mittelbaren Stellvertretung zu betrachten.

Als über den Fall Humble v. Hunter entschieden wurde (1848), hatten sich die Regeln der undisclosed agency bereits weitgehend gefestigt. So beginnt denn auch Lord Denman seine Überlegungen mit den Worten:

> "We were rather inclined at first to think that this case came within the doctrine that a principal may come in and take the benefit of a contract made by his agent."[3]

---

1) (1813) 1 M.u.S. 249, 105 E.R. 93.

2) s. zur Entwicklung im einzelnen o.S. 14 ff.

3) 12 Q.B. 315, 116 E.R. 887.

(Es ist allerdings zu beachten, daß er die Regelung der undisclosed agency noch nicht als eigenständiges Institut begreift und dementsprechend ohne Differenzierung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung nur von den Rechten des Geschäftsherrn spricht.) Diese Regelung könne aber keine Anwendung finden, "where the agent contracts as principal"; und dies habe er getan, indem er sich als "owner" bezeichnet habe. Als Beleg führt der Richter dann ausschließlich das oben wiedergegebene Zitat aus dem Urteil Lucas v. De la Cour an.

Der Fehler liegt nun darin, daß der grundsätzliche Widerspruch zwischen der undisclosed agency und diesem Zitat nicht gesehen wird. Denn der Mittler handelt bei diesem Institut aus der Sicht des Dritten - und nur auf dessen Blickwinkel kommt es an, der Mittler weiß ohnehin Bescheid - immer "in his individual capacity", er schließt den Vertrag immer "as principal"[1]. Aus dem Auftreten im eigenen Namen allein kann deswegen generell kein anderer Schluß gezogen werden.

Die fehlerhafte begriffliche Argumentation in der Entscheidung Humble v. Hunter ist somit auf zwei Ursachen zurückzuführen: einmal auf den irrtümlichen Glauben, an die Entscheidung Lucas v. De la Cour gebunden zu sein, und zum anderen auf ein logisch unhaltbares Verständnis der undisclosed agency. Statt den Irrtum der älteren Entscheidung aufzudecken (dieser

---

1) Vgl. auch die o.S.17f wiedergegebenen Ausführungen von Lord Tenterden in der Entscheidung Thomson v. Davenport. Auch dieses Zitat ist mit der in Humble v. Hunter zum Ausdruck kommenden Ansicht nicht zu vereinbaren.

Fall hätte aus späterer Sicht nach den Regeln der undisclosed agency entschieden werden müssen), suchte man nach einer Begründung, die es einerseits gestattete, nicht von dem Fall Lucas v. De la Cour abzuweichen, die aber auch andererseits mit den Regeln der undisclosed agency übereinstimmte. Man fand die Scheinlösung, eine Ausnahme von diesem Institut dann anzunehmen, wenn der agent sich als "owner" bezeichnet hatte, weil er damit als Prinzipal kontrahiert habe.

Auch in der amerikanischen Rechtsprechung finden sich Auswirkungen der "Bezeichnungsrechtsprechung" des Falles Humble v. Hunter.

In der Entscheidung Darrow v. Horne Produce Co.[1] wurde zunächst die Zahlungsklage eines undisclosed principal zugelassen, obwohl sich der beklagte Dritte unter Verweis auf das Urteil Humble v. Hunter darauf berief, daß der Mittler ihm die Ware als Eigentümer verkauft habe. Demgegenüber sah man diesen Einwand in dem Fall New York Brokerage Co. v. Wharton[2] als statthaft an. Dabei weist die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen der begrifflichen Argumentation und dem Klagerecht des undisclosed principal auf ein falsches Verständnis der undisclosed agency hin; dies zeigt folgendes Zitat[3]:

> "It is a right of a party to a contract to know with whom he deals unless he consents to deal with an agent in behalf of an undisclosed principal."

---

1) (1893) 57 F. 463.

2) (1909) 143 Ia. 61, 119 N.W. 969.

3) a.a.O., S. 971.

Wenn der Dritte zustimmt, daß der Mittler für einen undisclosed principal auftritt, dann handelt es sich nicht mehr um einen undisclosed principal, sondern nur noch um einen unknown principal.

Die nötige Klarstellung erfolgte in dem Urteil Hawkins v. Windhorst[1], welches die Kaufpreiszahlungsklage eines Geschäftsherrn zuließ, obwohl der Mittler sich als Eigentümer bezeichnet hatte. Ein "ordinary business contract", der nicht irgendwie erkennen lasse, daß die Person des Vertragspartners als wesentlich angesehen werde, beinhalte das stillschweigende Einverständnis, daß die Forderung von einem undisclosed principal geltend gemacht werden könne.

> "Otherwise the enforcement of a contract by an undisclosed principal could always be defeated by the assertion of the other party that he had made no contract with him, and the rule referred to would be nullified."[2]

In der Folgezeit wird dann zwar oft noch unter Berufung auf Humble v. Hunter die für den Mittler gewählte Bezeichnung als Ausgangspunkt der Argumentation gewählt. Man bleibt jedoch nie bei dieser an der äußeren Bezeichnung haftenden Betrachtung stehen. Sie wird vielmehr eingebettet in die umfassendere Fragestellung, inwieweit sich aus einer Gesamtschau der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Mittler die Abrede ergebe, daß der Mittler der alleinige Vertragspartner sein solle.

Dabei wird dann entweder kein Hinderungsgrund gesehen, die vertragliche Beziehung auch auf

---

1) (1912) 87 Kan. 176, 123 Pac. 761.

2) a.a.O., S. 762.

den Geschäftsherrn zu erstrecken[1], oder aber die Beschränkung nur auf die Person des Mittlers wird nicht mit der für diesen gewählten Bezeichnung, sondern mit anderen Gesichtspunkten begründet. In dem Fall Crowder v. Yovovich[2] lehnte man ein Eingreifen des Geschäftsherrn wegen des mittlerweile aufgegebenen Grundsatzes ab, daß eine schriftliche Vereinbarung (der Mittler als Prinzipal) nicht durch eine mündliche Beweisführung (der Geschäftsherr als Prinzipal) abgeändert werden könne. In zwei anderen Urteilen[3] war es ebenfalls nicht der für den Mittler gewählte Begriff ("owner") allein, der dazu führte, daß man eine undisclosed agency für nicht zulässig hielt. Ausschlaggebend war hier der Gesichtspunkt der Gewährleistungsrechte, der im folgenden Abschnitt dargelegt wird. Auch in der Entscheidung Heart of America Lumber Co. v. Belove[4] war ebenfalls die Bezeichnung des Mittlers nicht entscheidend. Das Gericht leitete vielmehr aus einer Reihe von Einzelgesichtspunkten, u.a. z.B. aus einem zwischen dem Mittler und dem Dritten vereinbarten Abtretungsausschluß, die Schlußfolgerung ab, daß diese beiden eine Beschränkung der vertraglichen Wirkung auf die Person des Mittlers vereinbart hätten.

---

1) Pope v. Landy (1938) 39 Del. 437, 1 A.2d 589; Chalik v. Landy (1945) 28 Del. Ch. 287, 42 A.2d 16; vgl. auch die neuseeländische Entscheidung Murphy et Ux. v. Rae N.Z.L.R. 1967, S. 103.

2) (1917) 84 Or. 41, 164 Pac. 576.

3) Cowan v. Curran (1905) 216 Ill. 598, 75 N.E. 322; Sladovich v. Glaser (1922) 150 La. 918, 91 So. 297.

4) (1940) 111 F.2d 535.

4. Das Problem der Gewährleistungsrechte

Zum Abschluß dieses Kapitels soll noch einmal auf die Einleitung desselben zurückgegriffen werden[1]. Das dort geschilderte Spannungsverhältnis zwischen den Regeln der undisclosed agency einerseits und dem Recht, sich seinen Vertragspartner selber auszusuchen andererseits, ist zusammengefaßt wie folgt gelöst worden: grundsätzlich geht die Regelung der undisclosed agency vor;das Selbstbestimmungsrecht des Dritten hat zurückzustehen. Ausnahmen werden nur dann angenommen, wenn die Art des Vertrages wegen des diesem erkennbar innewohnenden Vertrauensverhältnisses verhindert, daß ein Hintermann eingreift, oder wenn durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung die vertragliche Bindung auf den Dritten und den Mittler beschränkt wurde. Nach dieser Feststellung sollte man der Meinung sein, daß insbesondere der Vertragstypus, an Hand dessen sich die undisclosed agency entwickelt hat und der auch in der Praxis sein Hauptanwendungsgebiet bilden dürfte, nämlich der Kaufvertrag, in der Regel nach den Grundsätzen dieses Instituts abgewickelt werden kann. Wegen der grundsätzlich immer bestehenden Weiterübertragungs- oder Abtretungsmöglichkeit einerseits und der Zwischenübertragungsmöglichkeit (von dem Geschäftsherrn an den Mittler) andererseits scheint hier - bis auf entgegenstehende Vereinbarungen - die Regelung der undisclosed agency immer anwendbar zu sein. Dennoch ist in der amerikanischen Rechtsprechung eine

---

1) s.o.S. 89.

Tendenz erkennbar, bei einer Gruppe von Kaufverträgen, nämlich bei Grundstücksgeschäften, dieses Rechtsinstitut für nicht zulässig zu halten[1]. Neben den meist sehr fallspezifischen Begründungen taucht in diesen Urteilen, wenn es um einen Kauf des Dritten geht, ein beachtliches Argument auf: dieser sei deswegen nicht zur Abnahme des dem undisclosed principal gehörenden Landes verpflichtet[2], weil ihm, dem Dritten, nicht zugemutet werden könne, auf die Gewährleistung durch den Geschäftsherrn angewiesen zu sein, statt - wie er erwartete - auf diejenige des Mittlers zurückgreifen zu können[3].

Dieses Problem der Gewährleistungsrechte stellt sich aber im Grunde auch dann, wenn der Dritte Mobilien einkauft, die nicht dem Mittler, sondern einem Hintermann gehören. Ferson weist zu Recht darauf hin, daß der Dritte nicht die Gewährleistungsverpflichtung der Person erhält, mit der er verhandelte. Eine solche Gewährleistungsverpflichtung, insbesondere die Rechtsmängelhaftung, könne aber sehr wohl seine Kaufentscheidung veranlaßt haben[4].
(Der Grund, warum bisher nur Entscheidungen zum

---

1) Cowan v. Curran (1905)216 Ill. 598, 75 N.E. 322; Birmingham Matinee Club v. McCarty (1907) 152 Ala. 571, 44 So. 642; Pancoast v. Dinsmore (1909) 105 Me. 471, 75 A. 43; Sladovich v. Glaser (1922) 150 La 918, 91 So. 297; Salopek v. Logan (1923) 256 S.W. 299; Wloczewski v. Kozlowski (1947) 395 Ill. 402, 70 N.E.2d 560; a.A.: Kelly v. Thuey (1898) 143 Mo. 422, 45 S.W. 300 (a.A. die Vorinstanz: (1897) 102 Mo. 522, 15 S.W. 62); Cole v. Hunter Tract Improvement Co. (1910) 61 Wash. 365, 112 Pac. 368.

2) obwohl es ihm freistehe, die Übereignung zu verlangen (Pancoast v. Dinsmore (1909) 105 Me. 471, 75 A.43).

3) Birmingham Matinee Club v. McCarty (1907) 152 Ala. 571, 44 So. 642; Pancoast v. Dinsmore (1909) 105 Me. 471, 75 A. 43; Sladovich v. Glaser (1922) 150 La. 918, 91 So. 297; Salopek v. Logan (1923) 256 S.W. 299.

4) § 181.

Immobilieneinkauf vorliegen, mag darin zu suchen sein, daß bei beweglichen Sachen der Dritte in der Regel bei der Übergabe nichts von dem fehlenden Eigentum seines Gegenüber (des Mittlers) erfährt; demgegenüber wird bei einer Grundstücksübertragung wegen der mit ihr verbundenen Formalien der bisherige Eigentümer notwendigerweise auch dem Dritten bekannt.)Wenn man nicht nur bei Grundstücksgeschäften, sondern in allen Fällen eines Einkaufs durch den Dritten wegen des Gewährleistungsproblems eine Direktbeziehung verneint, würde dies zu einer weitgehenden Außerkraftsetzung des Instituts der undisclosed agency führen. Will man diese Konsequenz vermeiden, könnte eine Lösung in dem Hinweis von Mechem gefunden werden, der an ein Fortbestehen der Gewährleistungsverpflichtung des Mittlers denkt: "perhaps the agent's implied warranty is thought not to be merged"[1]. Diese Auffassung entspräche den berechtigten Interessen des Dritten. Insgesamt wird dieser Problematik erstaunlich wenig Aufmerksamkeit gewidmet[2]. An ihr wird einmal mehr die Schwierigkeit deutlich, die sich aus der Entwicklung der undisclosed agency von einer Einzelfallösung (Bezahlungspflicht des Dritten gegenüber dem Geschäftsherrn bzw. umgekehrt) hin zu einem allgemeinen Prinzip ergibt. Da zunächst nur die jeweilige Entgeltverpflich-

---

1) § 164.

2) Williston spricht das Problem zwar an, macht aber widersprüchliche Angaben dazu (S. 350 f, S. 351 Fn. 11); Stoljahr (S. 224 f) legt zunächst dar, daß dem Dritten bei einem Verkauf die Person des Erwerbers gleichgültig sein kann; während ihm insoweit zuzustimmen ist, bezieht er dann unvermittelt auch die Situation eines Kaufes ein: sowohl bei einem Kauf als auch bei einem Verkauf sei der "personal factor" irrelevant.

tung im Vordergrund stand, wurde die hier angesprochene Problematik bis heute weitgehend übersehen.

G. Einzelprobleme

1. Keine Ratifikation

Sieht man die undisclosed agency ihrer Natur nach als eine Art der Stellvertretung an, müßte an sich - wie auch bei der offenen Stellvertretung - eine nachträgliche Genehmigung durch den Geschäftsherrn möglich sein. Die Fallkonstellation sieht so aus: der potentielle Mittler schließt, ohne von dem potentiellen Geschäftsherrn bevollmächtigt zu sein, für diesen einen Vertrag im eigenen Namen mit einem Dritten. Wenn nun der potentielle Geschäftsherr nachträglich dieses Geschäft billigt, stellt sich die Frage, ob er dann als undisclosed principal und damit als Vertragspartner des Dritten mit allen entsprechenden Rechten und Pflichten zu behandeln ist. Dies wird heute nach h.M. im Anschluß an die sehr ausführliche Entscheidung des House of Lords Keighley v. Durant[1)]

1) (1901) A.C. 240; vgl. dazu Note: 1 Col. L.R. (1901) 544; die erste Instanz hatte ebenso entschieden; der Court of Appeal hatte bei einer abweichenden Meinung eine Genehmigung für zulässig gehalten (1900) 1 Q.B. 629; vgl. dazu die ablehnende Anm. in 14 Harv. L.R. (1900/01) S. 153; bereits in den Entscheidungen Saunderson v. Griffiths (1826) 5 B.u.C. 909, 108 E.R. 338; Jones v. Hope (1880) 3 T.L.R. 247 war die Möglichkeit einer Genehmigung durch den Geschäftsherrn, wenn der Mittler im eigenen Namen aufgetreten war, kurz abgelehnt worden; vgl. des weiteren die Urteile Eastern Construction Co. Ltd. v. National Trust Co. Ltd. and Schmidt (1914) A.C. 197 (213); Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure and Fairclough Ltd. (1966) 1 Q.B. 684 F, G (Richter Diplock).

verneint[1]. Dort hatte der agent, der von dem Geschäftsherrn nur zu einem Einkauf für einen bestimmten Preis bevollmächtigt war, mit dem Dritten ein höheres Entgelt vereinbart. Der Geschäftsherr erklärte sich dem Mittler gegenüber bereit, mit ihm zusammen die Ware zu

---

1) England: Halsbury, Rdz. 759; Cheshire and Fifoot, S. 473; Anson, S. 573 f, 596; Treitel, S. 497; Fridman, S. 48 f, 164; Bowstead, Art. 82, S. 257; Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 325 f. Auch in den USA sieht die h.M. eine Ratifikation als unzulässig an: New England Dredging Co. v. Rockport Granite Co. (1889) 149 Mass. 381, 21 N.E. 947; Western Publishing House v. District Tp. of Rock (1891) 84 Ia. 101, 50 N.W. 551; Mitchell v. Minnesota Fire Ass'n (1892) 48 Minn. 278, 51 N.W. 608; Ferris v. Snow (1902) 130 Mich. 254, 90 N.W. 850; Blackwell v. Kercheval (1916) 29 Ida. 473, 160 Pac. 741; Hixon v. Starr (1922) 242 Mass. 371, 136 N.E. 186; Moron v. Tuttle (1930) 211 Ja. 584, 233 N.W. 691; Knapp v. Baldwin (1931) 213 Ia. 24, 238 N.W. 542; Fay v. Doyle (1938) 95 F.2d 110; Valaske v. Wirtz (1939) 106 F.2d 450; Pullen v. Dale (1940) 109 F.2d 538; Gulf Refining Co. v. Travis (1947) 201 Miss. 336, 30 So.2d 398; Greene v. Goluche (1947) 202 Ga. 494, 43 S.E.2d 497; Royat v. Roberts (1952) 110 Cal.App.2d 814, 243 Pac.2d 879; Slater v. Berlin (1953) 94 A.2d 38; eine umfängliche Entscheidungszusammenstellung findet sich in 124 A.L.R. 893; Rest. §§ 82, 85; Williston, § 278 S. 267; Note: 19 Harv. L.R. (1905/06) S. 296; Mechem, § 204; Note: 15 Harv. L.R. (1901/02) S. 221. Teilweise wird aber auch eine Ratifikation - zumeist ohne nähere Begründung - für zulässig gehalten: Laing v. Butler (1885) 37 Hun. 144 (das Urteil ist auch wiedergegeben bei Steffen, S. 586 ff); Hayward v. Longmaid (1902) 181 Mass. 426, 63 N.E. 747; Harder v. Continental Printing u. Playing Card Co. (1909) 117 N.Y.S. 1001; Duerr v. Sloan (1919) 40 Cal.App. 653, 181 Pac. 407; Barnett Bros. v. Lynn (1922) 118 Wash. 315, 203 Pac. 389; Speer v. Campbell (1932) 167 Wash. 544, 9 Pac.2d 1100; Allen v. Liston Lumber Co. (1933) 281 Mass. 440, 183 N.E. 747; vgl. auch Ferson, §§ 234, 235 der meint, daß der Dritte ausreichend durch die entsprechenden Regeln der undisclosed agency geschützt sei und daß es schwer einzusehen sei, wieso zwischen einer vorherigen und einer nachträglichen Zustimmung zu differenzieren sei. Dabei erstaunt, daß er, obwohl die Entscheidung Keighley, Maxsted u. Co. v. Durant von ihm als Leitentscheidung hervorgehoben wird, auf deren Hauptargument, nämlich die fehlende Nachprüfbarkeit (vgl. dazu im folgenden Text), nicht eingeht.

einem höheren Preis abzunehmen. Als der agent dieser Vereinbarung nicht entsprach, klagte der Dritte gegen den Geschäftsherrn mit der Begründung, er habe als undisclosed principal den von dem Mittler geschlossenen Vertrag genehmigt und sei deswegen haftbar.

Auch wenn in diesem konkreten Falle bei Anwendung der zur undisclosed agency entwickelten Rechtsregeln möglicherweise kein ungerechtes Ergebnis erzielt worden wäre, sprechen sich alle acht Richter des House of Lords übereinstimmend gegen die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung durch einen undisclosed principal aus. Lord Davey weist darauf hin, daß die Lehre von der undisclosed agency an sich schon eine Anomalie darstelle,

> "and to extend it to the case of a person who accepts the benefit of an undisclosed intention of a party to the contract would, in my opinion, be adding another anomaly to the law, and not correcting an anomaly"[1].

Das wichtigste, von allen Lords gleichermaßen vorgetragene Argument ist aber das Unbehagen daran, daß man bei Zulassung einer Ratifikation die Bejahung einer Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn von dem unkontrollierbaren inneren Willen des Mittlers abhängig machen würde[2]. Lord Macnaghten drückt dies unter Berufung auf einen alten Chief Justice drastisch so aus:

> "the thought of a man is not triable, for the Devil has not knowledge of man's thoughts"[3].

---

1) a.a.O. S. 256.

2) a.a.O. S. 247, 250, 251, 265.

3) a.a.O. S. 247.

Eine Genehmigung zuzulassen hieße,

> "to open wide a doorway to fraud and deception; and it would necessitate the addition of the doubtful science of thought-reading to the requirements of a mercantile education"[1].

2. Wechsel, Scheck, Schuldversprechen und gesiegelte Verträge

Bei Wechseln, Schecks, Schuldversprechen[2]

---

1) Lord Brampton a.a.O. S. 258; eine Anm. zu der Entscheidung in 15 Harv. L.R. (1901/02) S. 221 bringt der praktisch orientierten Argumentation des Urteils keine Wertschätzung entgegen; die Theorie der Ratifikation und die Regelung der undisclosed agency würden durcheinandergeworfen. Das Problem liege nur in der Frage der rechtlichen Konstruktion einer Ratifizierung; diese sei wahrscheinlich am besten als die Annahme eines Angebots des Dritten durch den Geschäftsherrn zu verstehen. Ein solches Angebot des Dritten setze aber sein Wissen von der Existenz des Geschäftsherrn voraus; auf dieser Grundlage sei das vorliegende Urteil im Ergebnis zu billigen.

2) England: Bills of Exchange Act 1882, Sec. 23; Halsbury, Rdz. 824; Bowstead, Art. 84;
USA: Frazey v. Casey (1917) 96 Wash. 422, 165 Pac. 104; Donner v. Whitecotton (1919) 201 Mo.App. 443, 212 S.W. 378; Marks v. Kindel (1930) 41 F.2d 584; Sheehan v. Hadman (1932) 49 S.W.2d 953; Pratt v. Hopper (1936) 55 Pac.2d 517; Congregation of St. Augustin Roman Catholic Church of Minster v. Metropolitan Bank of Lima (1936) 32 N.E.2d 518; Heart of America Lumber Co. v. Belove (1940) 111 F.2d 535; Goldstein v. Commonwealth Trust Co. (1952) 19 N.J. Super 39, 87 A.2d 555; Plains State Bank v. Ellis (1953) 174 Kan. 653, 258 Pac.2d 313; Rest. § 192; Ferson, § 163; Williston, § 298.

und bei gesiegelten Verträgen[1] sind nur die in dem Papier benannten Personen verpflichtet bzw. berechtigt. Hat nur der Mittler die Papiere unterzeichnet, kann auch nur er aus ihnen vorgehen bzw. belangt werden (dies gilt nicht nur für die verdeckte, sondern auch für die offene Stellvertretung).

Diese Ausnahmeregelung erfreute sich bezüglich der gesiegelten Verträge nie großer Beliebtheit. Die meisten Entscheidungen lassen deutlich erkennen, daß man nur mit Widerwillen dem als "technical rule" herabgewürdigten Grundsatz folgt[2]. Heute ist sein Geltungsbereich aber weitgehend eingeschränkt.

---

1) England: Schack v. Anthony (1813) 1 M.u.S. 573, 105 E.R. 214; Re International Contract Co. Pickering's Claim (1871) L.R. 6 Ch.App. 525; Torrington v. Lowe (1868) L.R. 4 C.P. 26; Harmer v. Armstrong (1934) 1 Ch. 65 C.A.; Bowstead, Art. 83; Halsbury, Rdz. 823; USA: Elwell v. Shaw (1819) 16 Mass. 42; Clarke v. John Courtney (1831) 8 L. ed. 140, 151; Kiersted v. The Orange u. A.R. Co. (1877) 69 N.Y. 343; Badger Silver Mining Co. v. Drake (1898) 88 F. 48; Van Dyke v. Van Dyke (1905) 123 Ga. 686, 51 S.E. 582; Elliott v. Brady (1908) 192 N.Y. 221, 85 N.E. 69; Oliver Ref. Co. v. Portsmouth Cotton Oil Ref. Corp. (1909) 109 Va. 513, 64 S.E. 56; Randolph v. General Investor's Co. (1925) 128 A. 156; Hollingsworth v. Georgia Fruit Growers (1938) 185 Ga. 873, 196 S.E. 766; Toll v. Pioneer Sample Book Co. (1953) 373 Pa. 127, 94 A.2d 764; Rest. § 191; Ferson, § 163; Williston, §§ 216, 296; Corbin, § 255; 3 Am.Jur.2d, § 310.

2) Berkely v. Hardy (1826) 5 B.u.C. 355 (359), 108 E.R. 132 (134); Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co., Ltd. v. Hawkins (1865) 3 H.u.C. 677 (691 f), 159 E.R. 698 (703); Richter Maugham bezeichnet in der erstinstanzlichen Entscheidung Harmer v. Armstrong (1934) 1 Ch. 65 (71), C.A. die Regelung als eine "curious exception" und führt weiter aus: "The reason for the rule is not to my mind a very satisfactory one"; ausführlicher zu diesen Entscheidungen s. im nachfolgenden Text.

England:

Durch den Law of Property Act[1] und den Powers of Attorney Act[2] ist folgendes festgelegt: wenn der agent vermittels einer schriftlichen gesiegelten Urkunde (Power of attorney[3]) bevollmächtigt wurde, kann der Prinzipal auch bei einem von einem agent im eigenen Namen abgeschlossenen gesiegelten Vertrag intervenieren, als wenn er selbst den

---

1) 15 Geo. 5 (1925) Bd. 1 S. 655, Sec. 123 (1): "The donee of a power of attorney may, if he thinks fit, execute or do any assurance, instrument, or thing in and with his own name and signature, and under his own seal, where sealing is required, by the authority of the donor of the power; and every assurance, instrument, and thing so executed and done shall be as effectual in law, to all intents, as if it had been executed or done by the donee of the power in the name and with the signature and seal of the donor thereof."

2) (1971) Sec. 7 (1): "The donee of a power of attorney may, if he thinks fit -
(a) execute any instrument with his own signature and, where sealing is required, with his own seal, and
(b) do any other thing in his own name,
by the authority of the donor of the power; and any document executed or thing done in that manner shall be as effective as if executed or done by the donee with the signature and seal, or, as the case may be, in the name, of the donor of the power."

3) "Power (or letter) of attorney is the traditional name for the document containing P's authority to A, namely, the power whereby A is set in the turn, stead, or place of another." 3 Stroud's Judicial Dictionary (3. Aufl. 1953), 2257, zit. nach Stoljahr, S. 90; zu diesem Begriff vgl. auch Halsbury, Rdz. 730.

Vertrag unterzeichnet hätte[1]. Damit verbleiben nur die Fälle, in denen die Mittelsperson nach einer formlosen Bevollmächtigung, also ohne mit "power of attorney" ausgestattet zu sein, einen gesiegelten Vertrag schließt.

Eine Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung läßt sich kaum finden. Wieso soll die Bejahung einer direkten vertraglichen Beziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn dann, wenn der zwischen dem Dritten und dem Agent vereinbarte Vertrag unter Siegel geschlossen wurde, davon abhängen, ob die Bevollmächtigung des Mittlers durch den Geschäftsherrn in einer besonderen Form geschah?

Aber auch wenn nur eine mündliche Vollmacht erteilt wurde, ist der Grundsatz, daß der Prinzipal bei einem gesiegelten Vertrag nicht intervenieren kann, durch das Urteil Harmer v. Armstrong[2] stark eingeschränkt worden: in diesem Fall wurde der Klage des Geschäftsherrn auf Lieferung von Büchern, die ein Mitt-

---

1) Wenn Powell (S. 178) diese Interpretation des Law of Property Act bezweifelt, weil in der Entscheidung Harmer v. Armstrong (1934)1Ch. 65,C.A. von der Fortgeltung des alten Grundsatzes ausgegangen wird, so übersieht er, daß es in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt an einer förmlichen Bevollmächtigung fehlte, insofern also gar keine Berührung mit dem Law of Property Act vorlag; ausführlicher zu der Entscheidung Harmer v. Armstrong s. im nachfolgenden Text.

2) (1934)1Ch. 65,C.A.; vgl. zu dieser Entscheidung die beiden Anmerkungen: Note: 50 L.Q.R. (1934) 161 ff; Hancock, 1 U. Toronto L.J. (1934) 180 ff.

ler zwar im eigenen Namen aber für sich und mehrere zunächst nicht erwähnte Hintermänner (Geschäftsherr) vermittels eines gesiegelten Vertrages bei einem Dritten bestellt hatte, stattgegeben. Der Richter der Vorinstanz hatte sich mit Rücksicht auf die Form des Vertrages für gezwungen gehalten, die Klage des undisclosed principal zurückzuweisen. Das Urteil der 2. Instanz gelangte zum gegenteiligen Ergebnis, indem es dem Begehren "in equity" zum Erfolg verhalf; da der agent die Bücher für den Geschäftsherrn kaufen wollte, habe er sich zum trustee (Treuhänder) und den Prinzipal zum cestui que trust (Treugeber) gemacht. Letzterem sei es aber ausnahmsweise dann erlaubt, den Anspruch gegen den Dritten selber geltend zu machen, wenn der trustee sich weigere, gegen den Dritten vorzugehen und wenn der Geschäftsherr den agent mitverklage (damit der Dritte nicht der Gefahr einer zweiten Inanspruchnahme durch den Mittler ausgesetzt werde[1]). In einem solchen Falle spreche nichts dagegen, wohl aber die Vermeidung von zwei hintereinander geschalteten Prozessen dafür[2], dem Geschäftsherrn zu gestatten, in einer direkten Klage gegen den Dritten vorzugehen. Die besondere Form des Vertrages spiele keine Rolle, da der Prinzipal nur die Forderung des Mittlers geltend mache[3] und

---

1) Theoretisch wurde diese Möglichkeit schon in der Entscheidung Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York (1933) A.C. 70 (79) P.C. anerkannt.

2) a.a.O., S. 84 f, S. 90.

3) a.a.O., S. 93, 95.

für diese Art des Vorgehens nach Trust-Grundsätzen die gesiegelte Form des Vertrages anerkanntermaßen keine Rolle spiele[1]. Da vorliegend die Weigerung des Mittlers, gegen den Dritten vorzugehen, und die Einbeziehung des Mittlers in den Prozess gegeben waren, hatten die Richter keine Bedenken, die Klage des Geschäftsherrn gegen den Dritten zuzulassen. Dabei übersahen sie, worauf Hancock hinweist[2], folgendes: agent und Dritter hatten den von ihnen geschlossenen Vertrag aufgelöst, eine eigene Klage des Mittlers hätte deswegen keinen Erfolg haben können. Damit wäre an sich auch der von dem Geschäftsherrn geltend gemachte, von dem Mittler abgeleitete Anspruch zum Scheitern verurteilt gewesen. Diesen Bedenken glaubten die Richter keine Bedeutung beimessen zu müssen, da die Vertragsauflösung zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem der Dritte schon Kenntnis von der Person des Geschäftsherrn hatte[3]. Diese Überlegung wäre aber nur dann richtig, wenn der Prinzipal die Forderung in seiner Eigenschaft als undisclosed principal geltend machen würde; sie ist verfehlt, wenn man vorgibt, dem Geschäftsherrn nur einen von dem agent abgeleiteten Anspruch zuzubilligen.

---

1) a.a.O. S. 87 f; auf die Ähnlichkeit zwischen dem unmittelbaren Anspruch des Dritten gegen den undisclosed principal und der Möglichkeit einer direkten Inanspruchnahme des cestui que trust durch den Vertragspartner des trustee hatten bereits Lewis (9 Col.L.R. (1909) S. 126) und Ames (18 Yale L.J. (1909) S. 449 ff) hingewiesen.

2) 1 U. Toronto L.J. (1934) 180 f.

3) a.a.O. S. 90.

Diese Ungereimtheit legt die Vermutung nahe, daß man in Wirklichkeit dem Prinzipal trotz der gesiegelten Form des Vertrages, wie bei jedem von einem undisclosed agent abgeschlossenen Vertrag, einen direkten eigenen Anspruch gegen den Dritten geben wollte; nur weil man nicht den Mut hatte, die Sonderregelung für gesiegelte Verträge insgesamt aufzugeben, verfiel man auf den Umweg einer trust-Konstruktion. Im praktischen Ergebnis wird mit dieser Entscheidung aber weitgehend für die Klagen des Prinzipals die Sonderregelung der gesiegelten Verträge außer Kraft gesetzt. Denn mit obiger Argumentation läßt sich ein Trust-Verhältnis bei einem agent, der ja schon per definitionem nur für den Prinzipal ein Recht erwirbt, immer begründen.

Damit verbleiben für die Anwendung der Sonderregelung im wesentlichen nur die Fälle, in denen es um einen Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn geht[1] und der Mittler nicht mit power of attorney ausgestattet ist.

---

1) Ein Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn war in der Entscheidung Re International Contract Co. Pickering's Claim (1871) L.R. 6 Ch.App. 525 mit Rücksicht auf die gesiegelte Form des zwischen dem Mittler und dem Dritten abgeschlossenen Vertrages abgelehnt worden. In der ersten Instanz des Falles Harmer v. Armstrong hatte sich Richter Maugham an diese Entscheidung gebunden gefühlt und hauptsächlich deswegen der Klage des Geschäftsherrn nicht stattgegeben. In dem zusprechenden zweitinstanzlichen Urteil wird der Fall Re International Contract Co. Pickering's Claim gar nicht erwähnt - der Grund dafür dürfte darin liegen, daß die Richter ihre Aussage nur auf den Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten beschränken wollten.

Insgesamt kann aber festgestellt werden, daß aus dem allgemeinen Unverständnis für die Sonderregelung der gesiegelten Verträge, aus der Entscheidung Harmer v. Armstrong und insbesondere aus den beiden oben zitierten Gesetzen die Tendenz abzulesen ist, eines Tages wahrscheinlich die einschränkende Sonderregelung für gesiegelte Verträge ganz aufzugeben[1].

USA:

Auch im amerikanischen Recht wird die Ausnahmeregelung für gesiegelte Verträge nicht uneingeschränkt angewandt. Teilweise verzichtet man dann auf ihre Anwendung und läßt den Geschäftsherrn trotz Siegelung Rechte und Pflichten erwerben, wenn diese Form zur Wirksamkeit des zwischen dem Dritten und dem Mittler abgeschlossenen Vertrages nicht notwendig war[2]. In den meisten Staaten ist die Sonderstellung für gesiegelte Verträge durch Gesetz sogar ganz beseitigt worden[3]. So formuliert beispielsweise ein New Yorker Gesetz aus dem Jahre 1936[4]:

---

1) In diesem Sinne heißt es bei Powell (S. 180) zu dieser Regelung: "Its abolition would save both time and costs of the parties in the comparatively rare cases where a contract is still made by deed."

2) Kirschbon v. Bonzel (1886) 67 Wis. 178, 29 N.W. 907; Streeter, Jr. Co. v. Janu (1903) 90 Minn. 393, 96 N.W. 1128; Harris v. McKay (1924) 138 Va. 448, 122 S.E. 137, 32 A.L.R. 156.

3) Corbin, § 255; vgl. die Zusammenstellung der Rechte der einzelnen US-Staaten bezüglich gesiegelter Verträge bei Williston, § 219 A.

4) N.Y. C.P.A. Nr. 342 zu Kapitel 685.

> "The rights and liabilities of an undisclosed principal under any sealed instrument hereafter executed shall be the same as if the instrument had not been sealed."

Insoweit scheint auch in Amerika die Tendenz dahin zu gehen, den gesiegelten Verträgen keine Sonderstellung mehr einzuräumen[1].

3. Inländischer Agent für ausländischen Prinzipal

Kurz hingewiesen sei noch auf die ältere Meinung, daß ein inländischer agent einen ausländischen Prinzipal nicht rechtswirksam vertreten könne, vielmehr aus einem solchen Vertrag ausschließlich der Mittler berechtigt und verpflichtet werde[2]. Mit der Intensivierung des internationalen Handels wurden zunächst Zweifel an dieser Regelung laut[3], bevor sie in einer jüngeren Entscheidung ganz aufgegeben wurde[4].

---

1) "There is no particular reason why these exceptions should continue to exist." (Seavey (Studies), S. 90); ebenso ders. in 29 Yale L.J. (1919/20) S. 880; anders noch: Note: 75 U. of Pa. L. Rev. (1927) S. 762.

2) Elbinger v. Claye (1873) L.R. 8 Q.B. 313; Richter Bayley in Thomson v. Davenport (1829) 9 B.u.C. 88, 109 E.R. 33; Dramburg v. Pollitzer (1873) 28 L.T. 470.

3) Miller, Gibb u. Co. v. Smith u. Tyrer, Ltd. (1917) 2 K.B. 141; Holt and Moseley (London) Ltd. v. Cunningham u. Partners (1949) 83 Ll. L. Rep. 141; Rusholme u. Bolton u. Roberts Hadfield Ltd. v. S.G. Read u. Co. (London) Ltd. (1955) 1 W.L.R. 146; (1955) 1 All E.R. 180; Anglo-African Shipping Co. of New York Inc. v. J. Mortner Ltd. (1962) 1 Ll. L. Rep. 610, C.A.

4) Teheran-Europe Co., Ltd. v. S.T. Belton (Tractors) Ltd. (1968) 2 Q.B. 545. Die Literatur stimmt dem zu: vgl. z.B. Halsbury, Rdz. 825; Anson, S. 595; Treitel, S. 501; Hudson, 32 M.L.R. (1969) 207 ff; Reynolds, 85 L.Q.R. (1969) S. 97 f; zu der gesamten Problematik und ihrer Entwicklung vgl. auch die ausführliche Darstellung von Hudson in: 35 Can. B.R. (1957) 336 ff.

III. Kritik und Erklärungsversuche der Undisclosed Agency

Die Tatsache, daß bei der undisclosed agency eine Person zu einer anderen, von der sie gar keine Kenntnis hat, in vertragliche Beziehungen tritt, hat dieses Institut schon oft der Kritik ausgesetzt; Holmes[1] drückt dies so aus:

> "I assume that common-sense is opposed to allowing a stranger to my overt acts and to my intentions, a man of whom I have never heard, to set up a contract against me which I had supposed I was making with my personal friend."

Das Urteil Cheel Constr., Co. v. Lubben[2] sieht in dieser Regelung einen "manifest discord with basic legal principles". Die Formulierung von der "anomalous rule" der undisclosed agency kann schon als eine Art Standardausdruck angesehen werden[3].

---

1) 5 Harv. L.R. (1891/92) S. 14.

2) (1954) 30 N.J. Super 148, 103 A.2d 610, 612.

3) Keighley v. Durant (1901) A.C. 256, H.L.; Humphrey v. Bussey (1930) 99 Fla. 1249, 128 So. 841, 843; Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure and Fairclough Ltd. (1966) 1 Q.B. 685 (Richter Diplock); Manchester Supply Co. v. Deaborn (1940) 90 N.H. 447, 10 A.2d 658, 659; Note: 3 L.Q.R. (1887) S. 359; Holmes, 5 Harv. L.R. (1891/92) S. 1; Note: 14 L.Q.R. (1898) S. 5; Note: 14 Harv. L.R. (1900/01) S. 153; Note: 19 Harv. L.R. (1905/06) S. 296; Ames, 18 Yale L.J. (1909) S. 443; Mechem, 23 Harv. L.R. (1909/10) S. 515; Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 320; Williston, § 278 S. 267, § 286 S. 347; Powell, S. 152; Wilson, S. 215.

A. Die Literatur

Einige Literaturstimmen haben versucht, eine Erklärung für dieses Institut zu suchen. Die wichtigsten Stellungnahmen sollen im folgenden zeitlich geordnet vorgestellt werden.

Holmes[1] vermutet, daß die Direktbeziehung der undisclosed agency in alten Zeiten unter anderem auf Grund einer Art von Bereicherungsgedanken entstanden ist:

> "Indeed I very readily should believe that at a much earlier date, if one man's goods had come to another man's hands by purchase, the purchaser might have been charged, although he was unknown and had dealt through a servant, and that perhaps he might have been, in the converse case of the goods belonging to an undisclosed master."[2]

Er meint aber, daß erst die aus alten Zeiten herrührende Vorstellung einer Identität von master und servant zu einer befriedigenden Erklärung dieses Instituts führe[3].

Lewis setzt sich nur mit der einen Seite der undisclosed agency, nämlich mit der unmittelbaren Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten auseinander[4]. Er sieht die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn nicht als Anomalie an; sie stehe in Einklang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Der Hintermann

---

1) 4 Harv. L.R. (1890/91) S. 345 ff; 5 Harv. L.R. (1891/92) S. 1 ff.

2) 5 Harv. L.R. (1891/92) S. 4.

3) a.a.O., S. 5 ff.

4) 9 Col. L.R. (1909) S. 116 ff.

sei verpflichtet, weil er den Vertragsschluß des Mittlers mit dem Dritten und damit die Gläubigerstellung des Dritten verursacht, sein Leistungsversprechen veranlaßt habe[1]. Das Verursachungsmoment kann nicht als ausreichend angesehen werden, eine vertragliche Leistungsverpflichtung zu begründen. Sonst müßte jeder, der in irgendeiner Form den Vertragsschluß einer anderen Person veranlaßt, z.B. indem er ihr einen Kredit verspricht, einer unmittelbaren vertraglichen Verpflichtung aus dem daraufhin von dieser anderen Person abgeschlossenen Vertrag unterworfen werden. Stoljahr[2] wendet des weiteren noch ein, auch der Mittler habe die Situation des Dritten veranlaßt, und daß man auf Grund dieser Argumentation ebenso die Meinung einer ausschließlichen Verantwortlichkeit des Mittelsmannes vertreten könne.

Ames[3] kritisiert nicht die Tatsache der Verbindung von Drittem und Prinzipal, für die er ein Bedürfnis anerkennt. Nur hat nach seiner Meinung die Rechtsprechung mit der Konstruktion der undisclosed agency den falschen Weg eingeschlagen, weil sie den richtigen nicht gesehen habe. Es sei zwar zu spät, die eingefahrene Theorie der undisclosed agency bezüglich einfacher Verträge noch mit Erfolg anzugehen[4]; aber mit dem Ziel, für

---

1) a.a.O., S. 133 ff.

2) S. 230 f.

3) 18 Yale L.J. (1909) S. 443 ff.

4) a.a.O., S. 451.

Verträge "under seal" bzw. "negotiable instruments" - bei denen eine undisclosed agency nicht zugelassen wird[1] - eine ähnliche Direktbeziehung zwischen dem Dritten und dem Prinzipal herzustellen, deutet er dieses Drei-Personen-Verhältnis wie folgt: Ein Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten ergebe sich nur indirekt, und zwar auf der Grundlage eines Trust-Verhältnisses. Ebenso wie es anerkannt sei, daß der Mittler bezüglich der Gegenstände oder des Landes, welches er für den Geschäftsherrn erwerbe, Treuhänder (trustee) werde, so müsse dasselbe auch bezüglich der Forderung des Dritten gelten.

> "The undisclosed principal as cestui que trust would realize indirectly through the trustee all that under the actual law he now obtains from him by a direct action against him."[2]

Ein Zugriff der Gläubiger des Mittlers auf die Forderung des Mittlers gegen den Dritten sei auf diese Weise genauso verhindert wie bei einem unmittelbaren Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten.

Auch die Forderung des Dritten gegen den Prinzipal ergäbe sich indirekt, und zwar

---

1) s.o.S. 117 ff.

2) a.a.O., S. 448; ähnlich Ferson (§ 157) ohne Berufung auf Ames: "The agent's right against the third person is held in trust for the principal and does not pass to the agent's assignee in bankruptcy."

über den Befreiungsanspruch des Mittlers gegen den Prinzipal. Diese Möglichkeit sei von den Gerichten möglicherweise auf Grund des Umstandes, daß obligatorische Forderungen lange Zeit als einem Gläubigerzugriff nicht zugänglich angesehen wurden, übersehen worden. Da der Befreiungsanspruch nicht auf Zahlung an den Mittler gerichtet sei, könnten dessen andere Gläubiger diesen nicht verwerten und der Dritte sei somit gegenüber den anderen Gläubigern des Mittlers geschützt. Dieser indirekte Anspruch des Dritten gegen den Prinzipal führe vor allem insoweit zu einem gerechteren Ergebnis, als der Befreiungsanspruch durch eine Zahlung des Geschäftsherrn an den Mittler erlösche und deswegen der Prinzipal nicht noch einmal an den Dritten leisten müsse[1].

Der von Ames vorgeschlagene Weg ist von der englischen Rechtsprechung in der bereits oben wiedergegebenen Entscheidung Harmer v. Armstrong[2] befolgt worden - allerdings ohne Berufung auf Ames -: Bei einem gesiegelten Vertrag wurde dem Geschäftsherrn über die Annahme eines Trust-Verhältnisses zu einem Anspruch gegen den Dritten verholfen[3].

Seavey[4] verteidigt die undisclosed agency gegen den Vorwurf der Anomalie, indem er die direkten Beziehungen zwischen dem Dritten

---

1) a.a.O., S. 452 f.

2) (1934) 1 Ch. 65, C.A.; vgl. o.S. 120 ff.

3) Auch andere englische Urteile sehen in dem agent gleichzeitig auch einen "trustee", s.o.S. 32 Fn.1.

4) (Studies) S. 87 ff; seine dortigen Ausführungen entsprechen wörtlich dem, was er schon in 29 Yale L.J. (1919/20) S. 877 dargelegt hatte.

und dem Prinzipal als eine "obligation created by law"[1] erklärt.

Die Berechtigung des Geschäftsherrn vergleicht er mit der Situation der Abtretung und sieht deswegen darin auch keine Besonderheit.

> "If the rights of the third person are properly taken care of, as in fact they are, the only abnormality is the informality of allowing a direct action at law. The same is true in the case of suit against the principal; there should be no objection simply on the ground that a short cut has been taken."[2]

So könne der Geschäftsherr z.B. mit jeder Forderung gegen den Mittler, die vor Aufdekkung der undisclosed agency entstanden sei, aufrechnen[3]. Dabei unterschlägt Seavey, daß die h.M. die Verteidigungsrechte des Dritten nicht nur von seiner Gutgläubigkeit, sondern auch von einer entsprechenden Veranlassung des Geschäftsherrn abhängig macht: entweder der Geschäftsherr war mit dem Auftreten des Mittlers im eigenen Namen einverstanden oder er hatte ihm den Besitz an den zu verkaufenden Gegenständen überlassen[4]. Dies legt er an anderer Stelle seines Buches auch dar[5]. Seavey selber läßt allerdings Zweifel an der

---

1) a.a.O., S. 88 bzw. 878.

2) S. 89; 878 f.

3) S. 89, Fn. 58; S. 879, Fn. 58.

4) s. dazu im einzelnen o.S. 53 ff.

5) S. 324 f.

Richtigkeit dieser Aussage erkennen[1].

Die unmittelbare Berechtigung des Dritten gegenüber dem Geschäftsherrn verteidigt er gegen den Vorwurf, daß es sich dabei für den Dritten um ein "godsend" handele, welches der Dritte gar nicht erwartet und verdient habe[2]. Seavey meint, daß die wirtschaftliche Seite nicht übersehen werden dürfe. Ohne von Betrug oder Täuschung zu sprechen, sei es doch der Geschäftsherr gewesen, der es dem Mittler ermöglicht habe, das Vertrauen des Dritten zu erlangen.

> "It was his credit which gave the agent assurance to enter the transaction and his support which gave the agent a standing in the mercantile world. To trust the owner of a business is not the same thing as to trust one who is not such owner and who is subject to the control of another in the transaction. With or without fault, the action of the principal has led the third person into a mistake of fact as to the actual situation. The third person, in being given a claim against the principal, does not get, necessarily, more than he expected; he gets something different."[3]

---

1) Diese Einschränkung der Rechte des Dritten "ignores the fact that the only right of action which the principal has is upon the contract made by the agent, which should include all its incidents as agreed to by the parties to it." (a.a.O. S. 324).

2) Seavey bezieht sich damit offenbar auf eine Bemerkung in der Entscheidung Armstrong v. Stokes (1872) L.R. 7 Q.B. 598, 604, die er aber nicht zitiert.

3) a.a.O. S. 90; ähnlich heißt es in einer Anm. zum Rest.: "It is true that the third person gets the liability of a person of whom he knew nothing, but his claim against the agent is less valuable than he had reason to believe. An agent receiving support from the principal is a different kind of a person from an independent trader who by hypothesis the third person believes to be the owner of the business." (zitiert nach Hynes, S. 153).

Auch diese Argumentation zeigt wiederum, wie sehr das Institut der undisclosed agency mit der historischen Entwicklung verbunden ist. Früher mag es richtig gewesen sein, daß der agent regelmäßig eine wirtschaftlich unbedeutende Mittelsperson war, die nur auf Grund des finanziellen Rückhalts durch den Geschäftsherrn in die Lage versetzt wurde, am allgemeinen Geschäftsleben teilzunehmen. Ebenso wurden früher Vertreter wohl nur von Personen eingeschaltet, die ein "business" besaßen. Bei dieser Ausgangskonstellation mag es nahegelegen haben, grundsätzlich den "reichen" Geschäftsinhaber und nicht nur den "armen" und wirtschaftlich unbedeutenden Mittler als Schuldner anzusehen. Mittlerweile haben sich die Verhältnisse aber grundlegend gewandelt. Es kann durchaus sein, daß sowohl Mittler als auch Geschäftsherr ein "business" ihr eigen nennen, oder beide können reine Privatleute sein. Des weiteren kann die Situation auch genau umgekehrt wie die von Seavey geschilderte liegen - : nur der Mittler ist ein Geschäftsmann und der Geschäftsherr, als Privatmann, will sich des guten Rufes oder der Erfahrung des Mittlers bedienen. Die von Seavey als Grundfall angesehene Fallkonstellation muß deswegen heute als ein ausgesprochener Spezialfall bezeichnet werden, der in keiner Weise geeignet ist, die allgemeine Regel einer unmittelbaren Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten zu rechtfertigen.

Goodhart und Hamson[1] beschäftigen sich in erster Linie mit der Gläubigerstellung des Prinzipals. Sie wenden sich gegen die Ausnahme, welche eine Beteiligung des Geschäftsherrn nach den Regeln der undisclosed agency dann nicht zuläßt, wenn der zwischen dem Mittler und dem Dritten abgeschlossene Vertrag einen "persönlichen" Charakter trage[2]. Einer solchen Regelung bedürfe es nicht, denn:

> "The doctrine of the undisclosed principal is perhaps best considered as a primitive and highly restricted form of assignment, from which however much may be learnt about the probable development of the doctrine of assignment - still very imperfect."[3]

Deswegen genüge es im wesentlichen festzustellen, ob der Anspruch des Mittlers gegen den Dritten nach den dafür entwickelten Regeln abgetreten werden könne. Sei dies zu bejahen, bestünde auch für einen undisclosed principal die Möglichkeit, gegen den Dritten vorzugehen.

Bei einer Parallele zur Abtretung ergibt sich aber bezüglich der Gegenrechte des Dritten eine Ungereimtheit: dieser kann sich bei einer Zession grundsätzlich auf alle Gegenrechte aus seinem Verhältnis zu dem Zedenten berufen, während bei der undisclosed agency die oben dargelegte Einschränkung der "Veranlassung" durch den Geschäftsherrn gemacht

---

1) 4 Cam. L.J. (1932) S. 320 ff.

2) s. dazu o.S. 91 f.

3) a.a.O., S. 352.

wird[1]. Goodhart und Hamson formulieren denn auch hier sehr vorsichtig, zur Zulassung einer Aufrechnung des Dritten sei "probably" notwendig, daß "the purchaser was reasonable in believing the agent to be the principal"[2].

Was die absolute Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten betrifft, sehen sie keine große Schwierigkeit: wenn der Geschäftsherr in seinem Glauben, daß der Mittler das Geld an den Dritten weiterleite, enttäuscht werde, sei es nur billig, wenn er demjenigen, der die Ware in Erwartung eines Entgeltes weggegeben habe, hafte[3]. Gegen diese Argumentation spricht das bereits oben Dargelegte[4].

Wenn die Kritiker von Goodhart und Hamson auf einige sicherlich bestehende Unterschiede zur Abtretung hinweisen - so z.B. den Umstand, daß die Berechtigung des Prinzipals ohne einen nachträglichen Akt des Mittlers sozusagen automatisch entsteht[5], daß der Mittler bei einer undisclosed agency anders als bei der Abtretung nicht jegliche Berechtigung verliert[6], daß die Berechtigung des Prinzipals nach der Rechtsprechung[7] nicht von der Voll-

---

1) s.o.S. 53 ff.

2) a.a.O., S. 323, ähnlich S. 356: "The principal allows to be used against himself every right against the agent actually accrued to the third party while the agent was by the third party reasonably believed to be the principal."

3) a.a.O., S. 327; die genaue Formulierung ist wiedergegeben o.S. 75 Fn. 1.

4) s.o.S. 128.

5) Powell, S. 165; Chitty, Rdz. 2049.

6) Powell, S. 165.

7) Danziger v. Thompson (1944) K.B. 654, 2 All E.R. 151.

jährigkeit des Mittlers abhänge[1] - so darf doch nicht übersehen werden, daß Goodhart und Hamson nicht von einer normalen Abtretung, sondern nur von einer A r t A b t r e t u n g sprechen[2].

Würdinger sieht den Grund dafür, warum der Dritte den Geschäftsherrn direkt in Anspruch nehmen kann, darin, daß der Dritte dem Geschäftsherrn Kredit gewährt habe. Zwar könne an sich nur bei der offenen Stellvertretung dem Vertretenen vom Dritten Kredit eingeräumt werden, aber "für die Frage, wem der Kredit gewährt werden sollte, wurde die subjektive Willensrichtung der Parteien aus der konkreten Interessenlage heraus vom Gericht in entsprechender Weise ergänzt"[3].

Die Anknüpfung an einen fiktiven Willen des Dritten erscheint verfehlt. Dieser kann nur dem Mittler Kredit gewähren wollen, weil er nur diesen als seinen Vertragspartner ansieht. Eine Begründung für die direkte Berechtigung des Dritten gegenüber dem Geschäftsherrn kann deswegen allenfalls in der objektiven Interessenlage und nicht in dem Willen des Dritten gefunden werden[4].

Montrose[5] betrachtet das Recht des Geschäftsherrn, den Mittler zu einem Vorgehen gegen den Dritten zu zwingen, als Grundlage des direkten Anspruchs des Prinzipals gegen den Dritten.

---

1) Müller-Freienfels, RabelsZ 17 (1952) S. 596.

2) So auch Anson, S. 596 Fn. 2.

3) Würdinger, S. 431.

4) Ähnlich gegen Würdinger: Müller-Freienfels, RabelsZ 18 (1953) S. 13 ff.

5) 16 Can.B.R. (1938) S. 770 f.

Die unmittelbare Gläubigerstellung des Prinzipals bedeute nur eine prozessuale Vereinfachung. Als Beweis dafür, daß es sich bei dessen Berechtigung nur um einen von dem Mittler abgeleiteten Anspruch handelt, verweist er auf die Gegenrechte des Dritten. Auch Montrose geht aber nicht auf die oben geschilderte Einschränkung der Verteidigungsrechte des Dritten ein. Den direkten Anspruch des Dritten gegenüber dem Prinzipal leitet er von der Freistellungsverpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem Mittler ab und stellt die Frage, ob insoweit nicht eine Legalzession vorliege[1]. Unvereinbar mit dieser Erklärung ist allerdings der von Montrose nicht erwähnte Umstand, daß der Prinzipal sich - wenigstens nach h.M. - gegenüber dem Dritten nicht auf sein Verhältnis zu dem Mittler soll berufen können[2].

Müller-Freienfels führt die Regelung der undisclosed agency auf das sog. Gegenleistungsprinzip (consideration) zurück[3]. Dabei handelt

---

1) "As regards the action by the third person against the principal it cannot be said that the third person has a contractual right to the agent's rights against the principal. The position nevertheless is that the third person has a right against the agent and the agent has a right to an indemnity from the principal in respect of the liability corresponding to the third person's right. Is it not a form of the doctrine of subrogation which enables the third person to sue the principal?" (a.a.O., S. 770 f)

2) Vgl. dazu im einzelnen o.S. 66 ff.

3) RabelsZ 18 (1953) S. 39 ff; ähnlich schon Holmes (4 Harv. L.R. (1890/91) S. 349), der ausführt: ".. the right of an undisclosed principal to sue, it might be observed that it was first asserted in cases of debt, where the principal's goods were the consideration of the liability, and that the notion thus started was afterwards extended to other cases of simple contract."

(Fortsetzung dieser Fußnote s. nächste Seite)

es sich um eine Eigenart des anglo-amerikanischen Vertragsrechts, nach der ein gegenseitiger Vertrag zu seiner Wirksamkeit nicht nur einer Willensübereinstimmung der Vertragschließenden, sondern zusätzlich des Nachweises einer Gegenleistung bedarf. Eine Ausnahme wird nur für die unter Siegel abgeschlossenen Verträge gemacht. Diese sind auch ohne eine consideration gültig. Schenkungsverträge sind damit z.B. nur als gesiegelte Verträge wirksam.

Müller-Freienfels knüpft nun seine erste Argumentation daran an, daß bei gesiegelten Verträgen eine undisclosed agency nicht zugelassen wird[1]. Dies lege die Annahme nahe, daß gerade die Nichtgeltung des Consideration-Prinzips den Grund für die Nichtanwendbarkeit der undisclosed agency bei gesiegelten Verträgen abgebe. Dieser Schluß erscheint nicht überzeugend. Zunächst ist zu beachten, daß ein Ausschluß der undisclosed agency durch einen gesiegelten Vertrag auch dann Platz greift, wenn eine consideration vereinbart ist. Wäre die fehlende Gegenleistung der Grund für die Nichtanwendbarkeit der undisclosed agency, müßte man ihre Regeln bei die-

---

(Fortsetzung der Fußnote[3] der vorhergehenden Seite)

Vgl. auch schon Langenbach (S. 40): "auch wenn er (der Mittler) pflichtwidrig im eigenen Namen kontrahiert hat, kann der Prinzipal aus dem Vertrage klagen, d e n n d i e G e g e n l e i s t u n g (c o n s i d e r a t i o n) g i n g v o n i h m a u s."

1) Darüber, wieweit dieser Grundsatz mittlerweile eingeschränkt ist, vgl. o.S. 117 ff.

ser Fallkonstellation heranziehen können. Des weiteren findet diese Ansicht keinerlei Rückhalt in der Rechtsprechung. Die Regelung für gesiegelte Verträge wird vielmehr als "technical rule" bezeichnet,

> "which does not depend upon reasoning or argument, but is a fixed established rule to be acted upon and only discussed as regards its application"[1].

Es kann deswegen genauso gut sein - oder ist sogar wahrscheinlicher -, daß die Nichtanwendbarkeit der undisclosed agency bei gesiegelten Verträgen allein auf einer bewußten Formenstrenge beruht; die Parteien sollen bei einem gesiegelten Vertrag sicher gehen können, es nur mit dem in der Urkunde Genannten zu tun zu haben.

Auch bei einfachen Verträgen, die also nicht unter einem Siegel geschlossen wurden, sieht Müller-Freienfels seine These bestätigt. Da Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich zwischen dem Dritten und dem Prinzipal ausgetauscht würden, könne nach dem Consideration-Prinzip auch nur hier die vertragliche Beziehung gesucht und gefunden werden.

Wenn auch mit Sicherheit die wirtschaftliche Stellung des Geschäftsherrn und des Dritten zu der Herausarbeitung der undisclosed agency beigetragen hat, so erscheint doch die Verbindung mit der Consideration-Lehre aus folgendem Grunde sehr fragwürdig: Auf der Grundlage des Gegenleistungsprinzips hätte konsequenterweise dem Mittler ein Klagerecht überhaupt abgesprochen werden müssen, wenn die Gegen-

---

1) Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co., Ltd. v. Hawkins (1865) 3 H.u.C. 691; 159 E.R. 703.

leistung tatsächlich von dem Geschäftsherrn herrührt[1]. Dies geschieht aber nicht. Dem agent steht ein Klagerecht zu, welches nur dem des Geschäftsherrn untergeordnet ist. Des weiteren verspricht der Mittler dem Dritten eine Gegenleistung, die er auch zu leisten verpflichtet ist, wenn der Dritte ihn als Schuldner auswählt. Dies ist ebenso schwer mit der These, das Consideration-Prinzip sei die Grundlage der undisclosed agency, in Einklang zu bringen, wie ein Klagerecht des Geschäftsherrn, wenn der Mittler die Gegenleistung an den Dritten schon erbracht hat, bevor ihm vom Geschäftsherrn die Mittel zur Verfügung gestellt wurden - hier dürfte der Prinzipal nach dem Gegenleistungsprinzip nicht zu einer Klage berechtigt sein.

Stoljahr[2] knüpft an die Abtretungserklärung von Goodhart und Hamson an. Wegen der oben angedeuteten Unterschiede zwischen der undisclosed agency und einer Abtretung meint er aber, es sei besser, nicht von einer Abtretung zu sprechen

> "but to think of the transmission of rights. More particularly, we can say that the contract between A "(Agent)" and T "(Dritter)" creates not only rights and duties as between them, but further creates transmissible rights and liabilities, that is, transmissible to or even against an undisclosed principal."

---

1) So bereits Powell, S. 153: "It is the agent's act, promise or forbearance which is the consideration for the third party's promise".

2) S. 232 f.

Higgins[1] sieht die Grundlage der undisclosed agency nicht im common law, sondern im Billigkeitsrecht (equity). Er zieht ähnlich wie Ames einen Vergleich zum Trust-Recht. Vergleichbar der Situation eines Treuhandverhältnisses zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn könne letzterer die Berechtigung des Mittlers gegenüber dem Dritten und dieser umgekehrt den Freistellungsanspruch gegenüber dem Geschäftsherrn geltend machen. Anders als Ames sieht Higgins aber keinen Grund, den Prinzipal bei einer Zahlung an den Mittler freiwerden zu lassen. Zur Stützung dieser Ansicht führt er das oben bereits besprochene Argument an, daß der Geschäftsherr um seine Verpflichtung gewußt habe[2] und deswegen weiterhaften müsse[3].

Williston enthält sich einer grundsätzlichen Stellungnahme zur undisclosed agency. Bezüglich der Gläubigerstellung des Dritten merkt er aber an, daß "logically" der Freistellungsanspruch des Mittlers den einzigen Anspruch gegen den Geschäftsherrn darstelle. Das Recht sei aber darüber hinausgegangen. Gemäß den Entscheidungen erlaube es dem Dritten nicht nur eine Klage gegen den, der die Leistung versprochen habe, sondern gestatte eine direkte Klage gegen den Prinzipal[4].

Einige Lehrbücher begnügen sich zur Erklärung

---

1) 28 M.L.R. (1965) S. 167 ff.

2) a.a.O., S. 177.

3) Vgl. dazu o.S. 81.

4) § 289 S. 357; ähnlich § 289 S. 364.

der undisclosed agency mit dem lapidaren Hinweis auf "business-"[1] bzw. "commercial convenience"[2] oder weisen darauf hin, daß dieses Institut zwar als Anomalie kritisiert werde, aber einem "useful commercial purpose" diene[3]. Ähnlich heißt es bei Powell[4]:

> "It is our submission that the remedies between principal and third party were at all times allowed because commercial needs required that they should be allowed, and that contractual remedies were used because they were most suited for the circumstances."

B. Wenige Stellungnahmen der Rechtsprechung

Nachdem sich die undisclosed agency, wie oben geschildert[5], an Hand von Einzelfallentscheidungen im Laufe der Zeit zu einem allgemeinen Rechtsinstitut herausgebildet hat, finden sich in der Rechtsprechung nur ganz vereinzelt Stellen, die sich mit den Grundlagen dieses Instituts beschäftigen und seine Berechtigung in Frage stellen.

Die, soweit erkennbar, erste grundsätzliche Kritik beinhaltet das bereits o.S. 71f wiedergegebene Urteil Armstrong v. Stokes[6]. Dort

---

1) Cheshire and Fifoot, S. 475; Wilson, S. 215.

2) Treitel, S. 502; ähnlich Fridman, S. 192 f.

3) Anson, S. 596.

4) S. 152.

5) s.o.S. 6 ff.

6) (1872) L.R. 7 Q.B. 598, 604.

wird bezweifelt, ob es richtig gewesen sei, dem Dritten einen unmittelbaren Anspruch gegen den Geschäftsherrn einzuräumen. Es bleibt jedoch nur bei der Fragestellung, denn Richter Blackburn stellt sofort fest, daß Bedenken dieser Art zu spät kämen, weil diese Regelung "established law" sei.

Eine wenig hilfreiche Erklärung für die Verpflichtung des Geschäftsherrn beinhaltet die amerikanische Entscheidung Byington v. Simpson (1883)[1]. Der Prinzipal sei verpflichtet,

> "because he is taken to have adopted the name of the agent as his own for the purpose of the contract".

Eher bereicherungsrechtlich argumentiert das Urteil Watertown Steam-Engine Co. v. Palmer Bros. (1890)[2]. Der Grund für die Regelung der undisclosed agency liege darin, daß jeder das bekommen solle, "what really, though secretly" ihm gehöre.

In dem Fall Keighley v. Durant (1901)[3] erklärt Lord Lindlay die unmittelbare Beziehung zwischen Drittem und Geschäftsherrn damit,

> "that the contract is in truth, altough not in form, that of the undisclosed principal".

Einige Sätze weiter nimmt er dann einen sehr pragmatischen Standpunkt ein. Wenn der Geschäftsherr existiere, so sei es zumindest äußerst praktisch, daß er als Prinzipal klagen und verklagt werden könne.

---

1) 134 Mass. 169.

2) 84 Ga. 368, 10 S.E. 969.

3) A.C. 240, 261, H.L.

Das amerikanische Urteil Ewing v. Hayward (1920)[1] sieht den Grund für die Haftung des Prinzipals darin,

> "that, having received the benefit of the contract made by his agent, he should assume its burdens".

Dieser Erklärungsversuch umgeht die zentrale Frage. Denn daß der Geschäftsherr zur Erbringung seiner Gegenleistung verpflichtet ist, kann nicht bestritten werden; das Problem ist nur, ob er an den Mittler oder direkt an den Dritten leisten muß.

In dem Urteil Humphrey v. Bussey (1930)[2] werden lediglich ohne eigene Stellungnahme die verschiedenen von der Literatur diskutierten Überlegungen wiedergegeben.

Richter Diplock stellt in der Entscheidung Freeman and Lockyer v. Buckhurst Park Properties (1964)[3] ähnlich wie Lord Lindlay in Keighley v. Durant wiederum die praktische Seite in den Vordergrund; diese Regelung

> "can be rationalised as avoiding circuity of action, for the principal could in equity compel the agent to lend his name in an action to enforce the contract against the contractor, and would at common law be liable to indemnify the agent in respect of the performance of the obligations assumed by the agent under the contract".

---

1) 50 Cal.App. 708, 195 Pac. 970, 974.

2) 99 Fla. 1249, 128 So. 841.

3) 2 Q.B. 480, 503.

C. Zusammenfassende Stellungnahme

Abgesehen von Ames, der die undisclosed agency ganz ablehnt, kann man die Stellungnahmen zu diesem Institut in zwei Gruppen einteilen; einmal diejenigen, die das Institut der undisclosed agency nur historisch erklären[1], und zum anderen diejenigen, die versuchen, eine darüber hinausgehende dogmatische Begründung zu liefern[2]. Abgesehen von der bereits im einzelnen vorgetragenen Kritik fällt bei letzteren auf, daß einige von ihnen in Übereinstimmung mit zwei der oben wiedergegebenen Rechtsprechungsstellen im Grunde gar nicht mehr von einer unmittelbaren Beziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn ausgehen. Wenn man die Berechtigung des Prinzipals als auf einer Art Abtretung[3] oder auf einem Treuhandverhältnis[4] beruhend ansieht und den Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn an den Freistellungsanspruch des Mittlers gegen seinen Geschäftsherrn

---

1) So Holmes, 5 Harv. L.R. (1891/92) S. 1 ff; Würdinger, S. 431; Müller-Freienfels, RabelsZ 18 (1953) S. 39 ff.

2) So Lewis, 9 Col.L.R. (1909) S. 116 ff; Seavey (Studies), S. 87 ff; Goodhart und Hamson, 4 Cam. L.J. (1932) S. 320 ff; Montrose, 16 Can.B.R. (1938) S. 770 f; Stoljahr, S. 232 f; Higgins, 28 M.L.R. (1965) S. 167 ff.

3) Seavey, a.a.O.; Goodhart und Hamson, a.a.O.; Stoljahr, a.a.O.

4) Higgins, a.a.O.; s. auch Ames, 18 Yale L.J. (1909) S. 443 ff.

anknüpft[1] und deswegen die gegenseitige Berechtigung zwischen dem Dritten und dem Prinzipal nur als eine Art prozessuale Vereinfachung begreift[2], hat man an sich die Vorstellung eines vom Vertreter abgeschlossenen unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkenden Rechtsgeschäfts verlassen; man geht in Wirklichkeit von zwei getrennten Rechtsbeziehungen aus.

Diese Erklärung der undisclosed agency kann aber deswegen nicht befriedigen, weil sie zu der Grundsubstanz dieses Instituts in Widerspruch steht. Die typischen Eigenarten dieser Regelung ergeben sich gerade aus ihrem Gegensatz zu der Auffassung, welche, wie das deutsche Zivilrecht, von einer grundsätzlichen Trennung der Rechtsbeziehungen ausgeht. Der Vorrang des Geschäftsherrn und des Dritten vor den Gläubigern des Mittlers und die Behandlung der Einwendungen des Dritten bzw. des Geschäftsherrn aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler erklären sich nur auf der Grundlage einer Direktbeziehung und sind mit der Annahme einer Trennung der Rechtsbeziehungen unvereinbar. Wie schon oben dargelegt, verkörpern diese beiden Problemgruppen den Unterschied zwischen einer Trennung der Rechtsbeziehungen einerseits und einer Anerkennung der mittelbaren Stellvertretung als Stellvertretung andererseits. Die Ansicht, welche die undisclosed

---

1) Ames, a.a.O.; Montrose, a.a.O.; Higgins, a.a.O.; vgl. auch Williston, § 289 S. 357 f, 364.

2) Seavey, a.a.O.; Montrose, a.a.O.; Diplock in Freeman and Lockyer v. Buckhurst Park Properties (1964) 2 Q.B. 480, 503; ähnlich auch Lord Lindlay in Keighley v. Durant (1901) A.C. 240, 261 f, H.L.

agency mittels einer Trennung der Rechtsbeziehungen verstehen will, gibt damit im Grunde genommen dieses Institut ganz auf und ist deswegen zur Erklärung untauglich.

Es muß somit festgestellt werden, daß keiner der diskutierten dogmatischen Begründungsversuche eine befriedigende Antwort gibt. So heißt es auch bei Chitty, daß die Grundlagen dieses Instituts "still uncertain" seien[1]. Die oben[2] geschilderte historische Entwicklung und die Grundüberlegungen zum Verhältnis von mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung lassen aber erkennen, daß der Entstehung dieses Instituts nichts Rätselhaftes anhaftet, diese vielmehr durchaus nachvollziehbar ist. So hat sich gezeigt, daß es im Grunde gar keine Entstehung der undisclosed agency als solche gibt, die Suche nach ihr also auch keinen Erfolg haben kann. Ausgangspunkt war die agency als solche, welche an Hand des Kriteriums - auftragsgemäßes Handeln für einen anderen - definiert wurde. Auf diesem Hintergrund entwickelte sich die undisclosed agency nicht als ein eigenes Institut, sondern in Wahrheit nur als ein Bündel von Ausnahmen und Besonderheiten, die dann die Grundregelung der agency ergänzten, wenn die Fremdbestimmung des Vertreterhandelns nicht erkennbar wurde[3]. Erst im Laufe

---

1) Rdz. 2049.

2) S. 6 ff.

3) Diese Entwicklung ist noch heute an dem Aufbau der meisten Lehrbücher und Kompendien erkennbar. Denn die undisclosed agency wird i.d.R. nicht in einem besonderen Kapitel zusammengefaßt, sondern nur innerhalb der Darstellung der agency bei den Einzelproblemen, die sich im Bereich des Gesamtkomplexes der Stellvertretung ergeben, behandelt.

der Zeit verselbständigten sich diese Ausnahmen und wurden später unter dem Begriff undisclosed agency als selbständiges Institut erfaßt.

2. Teil: DAS DEUTSCHE RECHT UNTER DEM BLICKWINKEL DER UNDISCLOSED AGENCY

Nachdem im ersten Teil der Untersuchung bereits einige Unterschiede zwischen den beiden Rechtssystemen deutlich wurden (z.B. bezüglich der Behandlung der Gegenrechte des Geschäftsherrn und des Dritten aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler), soll im folgenden erörtert werden, welche Antworten das deutsche Recht auf die Konfliktsituationen gibt, deren Lösungen sich im anglo-amerikanischen Recht als selbstverständliche Folge der unmittelbaren vertraglichen Beziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn ergeben.

Im deutschen Zivilrecht werden zwei Rechtsinstitute diskutiert, die eine weitgehende Annäherung zur undisclosed agency beinhalten: die sogenannte Verpflichtungsermächtigung und das obligatorische Gfd. Bevor jedoch dazu Stellung genommen wird, empfiehlt es sich, die wichtigsten Fallkonstellationen zunächst unter Außerachtlassung dieser Institute zu betrachten. Denn es wird sich zeigen, daß die Ergebnisse, die das deutsche Recht hervorbringt, trotz der unterschiedlichen Ausgangssituation in vielen Punkten mit denen des anglo-amerikanischen Rechts übereinstimmen. Das obligatorische Gfd und die sogenannte Verpflichtungsermächtigung sollen dann anschließend erörtert werden.

Dabei soll im wesentlichen von der Situation eines Kaufvertrages ausgegangen werden. Denn dieser Vertragstyp bildet auch im anglo-amerikanischen Recht den Grundfall der Beschäftigung mit dem Institut der undisclosed agency[1]. Übertragen auf das deutsche Recht handelt es sich also um Fälle eines Geschäftsbesorgungskaufs bzw. -verkaufs eines Mittlers für einen Geschäftsherrn.

I. Insolvenz des Mittlers

Die Annahme einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn bringt es mit sich, daß im anglo-amerikanischen Recht die Gläubiger des Mittlers das Nachsehen haben. Demgegenüber scheint die Trennung der Rechtsbeziehungen zwischen

---

1) Vgl. die o.S. 126 ff wiedergegebenen Untersuchungen. Auch Müller-Erzbach ging in seiner Betrachtung zur mittelbaren Stellvertretung (mittelbare Stellvertretung) S. 11 ff, in der er einer Angleichung des deutschen an das anglo-amerikanische Recht das Wort redete, im wesentlichen von der Betrachtung der Interessenlage bei einem Kaufvertrag aus. (Die einzelnen Argumente werden im folgenden noch zur Sprache kommen.) Daneben stützt er seine Ansicht auf eine Parallele zum Seeversicherungsrecht (§§ 886 Abs. 1, 812 Abs. 3 HGB a.F.), in deren Regelung er "alle Wünsche bereits erfüllt" sieht (S. 63 ff). Die von ihm herangezogenen Vorschriften sind jedoch mittlerweile entweder geändert oder ganz außer Kraft gesetzt worden.

dem Dritten und dem Mittler einerseits und zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn andererseits nach deutschem Muster die Folge zu haben, daß die Gläubiger des Mittlers auf die Forderungen gegen den Dritten bzw. den Geschäftsherrn zugreifen können. So sieht denn auch Müller-Erzbach[1] in diesem Unterschied einen der Hauptgründe, warum nach seiner Meinung die Annahme einer direkten vertraglichen Beziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn der gesamten Interessenlage besser gerecht wird.

Bei genauerem Hinsehen bietet jedoch das deutsche Recht ein erstaunlich differenziertes Bild.

Im folgenden soll zunächst das Verhältnis des Geschäftsherrn, anschließend dasjenige des Dritten zu den Gläubigern des Mittlers untersucht werden.

A. Das Verhältnis der Gläubiger des Mittlers zu dem Geschäftsherrn

1. Die Vorauszession

Der Geschäftsherr kann sich durch die Vereinbarung einer Vorauszession sichern. Eine solche wird heute allgemein für zulässig gehalten, wenn die Forderung im Augenblick ihrer Entstehung bestimmbar ist[2]. Diese Bestimmbar-

1) (mittelbare Stellvertretung), S. 26 ff.

2) BGHZ 30, 151; Larenz (Schuldrecht I), § 34 III S. 457 f; Esser-Schmidt, § 37 I 2; Erman-Westermann, § 398 Rdz. 11, jeweils mit weiteren Nachweisen.

keit ist mit Sicherheit dann gegeben, wenn der Mittler eine bestimmte Sache des Geschäftsherrn verkauft[1]; ob das gleiche auch allgemein in den Fällen eines Auftragseinkaufs gilt, soll hier noch dahinstehen[2]. Jedenfalls ist aber zu beachten, daß das Sicherungsbedürfnis des Mittlers, der gegen den Geschäftsherrn z.B. noch eine Provisionsforderung hat, gegen einen unmittelbaren Forderungsübergang sprechen kann[3]. (Das anglo-amerikanische Recht hilft hier mit der Annahme eines pfandähnlichen Sicherungsrechtes[4].) Deswegen sollte man bei der Annahme einer stillschweigenden Vorauszession Zurückhaltung üben; sie kann nur dann ins Auge gefaßt werden, wenn keinerlei Gegenansprüche des Mittlers gegen den Geschäftsherrn erkennbar sind.

2. § 392 Abs. 2 HGB

Nach § 392 Abs. 2 HGB gelten Forderungen aus einem Kommissionsgeschäft "auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder

---

1) Deswegen stellt der verlängerte Eigentumsvorbehalt einen Hauptanwendungsfall der Vorauszession dar.

2) Vgl. dazu u.S. 288 Fn. 1.

3) Das schweizerische OR schützt zwar den Geschäftsherrn, berücksichtigt aber auch die Interessen des Mittlers, Art. 401 Abs. 1 OR: "Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist." Abs. 2: "Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Konkurs gefallen ist."

4) s. dazu o.S. 44. Eine ähnliche Regelung findet sich im deutschen Recht für Kommissionsgeschäfte, vgl § 399 HGB

dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten"[1]. Durch diese Relativierung der Forderungszuständigkeit werden die Gläubiger des Kommissionärs sowohl im Konkurs als auch von der Möglichkeit einer Einzelpfändung ausgeschlossen. Nach § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB findet § 392 Abs. 2 HGB auch dann Anwendung, wenn es sich bei der Mittelsperson nicht um einen Kommissionär, sondern um einen Kaufmann handelt, der im Betrieb seines Handelsgewerbes ein entsprechendes Geschäft tätigt (Gelegenheitskommissionär); § 406 Abs. 1 Satz 1 HGB dehnt den Anwendungsbereich von § 392 Abs. 2 HGB auch auf andere als Kommissionsgeschäfte aus.

Damit kann also festgestellt werden, daß der Hintermann trotz der Trennung der Rechtsbeziehungen durch die Vorschriften der §§ 392 Abs. 2, 406 Abs. 1 Satz 1,2 HGB bezüglich

---

1) § 392 Abs. 2 HGB geht nach allgemeiner Meinung auf § 300 I. Teil 50. Titel der Allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten zurück (Nußbaum,S. 39; Pisko,S. 67 Fn. 47; Schless,S. 81). Die Vorschrift lautet: "Diejenigen, welche dem Gemeinschuldner Waaren oder Effekten zum Verkaufe in Kommission gegeben, oder zur weiteren Spedition anvertraut haben; wenn entweder diese Waaren oder Effekten zur Zeit des eröffneten Konkurses an noch in des Gemeinschuldners Gewahrsam existieren; oder zwar von ihm verkauft, die Kaufgelder aber noch nicht eingezogen, oder von dem Gemeinschuldner, mit der ausdrücklichen Vermerkung, daß sie seinen Kommittenten gehören, besonders aufbewahrt worden sind. In diesen Fällen sind den Kommittenten die Waaren und Effekten, oder die daraus gelöseten Kaufgelder zu überlassen, so bald sie die schuldige Provision und Auslagen entrichtet haben." In Art. 285 Abs. 2 des Preußischen Entwurfs von 1857 findet sich dann zum ersten Male der heutige Wortlaut, welcher in Art. 368 Abs. 2 Eingang in das ADHGB fand (zu der historischen Entwicklung im einzelnen Dressler, S. 76 ff).

eines Großteils der Fälle im Ergebnis den gleichen Schutz genießt wie im anglo-amerikanischen Recht.

Neben der Vorauszession und § 392 Abs. 2 HGB (bzw. § 392 Abs. 2 HGB i.V. mit § 406 Abs. 1 HGB) werden noch zwei weitere Rechtskonstruktionen diskutiert, die dem Geschäftsherrn auch im bürgerlich-rechtlichen Auftragsrecht einen entsprechenden Schutz gewähren würden: die analoge Anwendung von § 392 Abs. 2 HGB auch im allgemeinen Zivilrecht und die Annahme eines Treuhandverhältnisses beim Erwerb durch mittelbare Stellvertretung.

3. § 392 Abs. 2 HGB analog im allgemeinen Zivilrecht?

Das Problem einer entsprechenden Anwendung der handelsrechtlichen Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB auf alle Fälle der mittelbaren Stellvertretung ist in der Literatur bereits mehrfach erörtert worden. Die h.M. lehnt eine Analogie ab[1)]. Auch die Rechtsprechung hat sich in früheren Zeiten mehrfach gegen

---

1) Schultze, JhJ Bd. 43 (1901) S. 49; Oertmann, Vorb. 6 vor § 164; Planck-Flad, Vorb. 5 vor § 164; Nußbaum, S. 39 f; v. Tuhr, S. 206 Fn. 111; Kunisch, S. 54 f; Friedmann, S. 890 ff; Ritter, Anm. 3 d zu § 392; Klein, S. 55; Düringer-Hachenburg, Anm. 17 zu § 392; Staub-Gadow, Anm. 2 zu § 392; Siebert, S. 337 f, 425; Pisko, S. 28 f, 68 f; v. Gierke, § 69 III 2; Jaeger-Lent, § 43 Anm. 49, 53; Enneccerus-Lehmann, § 161 III; Enneccerus-Nipperdey II, § 179 III 2; Ratz in RGRK z. HGB § 392 Anm. 3; Heymann-Kötter, § 392 Anm. 2; Weckerle, S. 36; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 43 Rdz. 22; Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Rdz. 1, 28; Böhle-Stamschräder, § 43 Anm. 12.

(Fortsetzung dieser Fußnote s. nächste Seite)

eine solche Analogie ausgesprochen[1].

Obwohl nach dem Zweiten Weltkrieg nur Dressler[2] und Hagen[3] eine entsprechende Anwendung befürwortet haben, soll die Problematik dennoch einer genaueren Prüfung unter-

---

(Fortsetzung der Fußnote der vorhergehenden Seite)
Eine entsprechende Anwendung wird bejaht von: Kohler, S. 116; Dernburg, § 171 VI (a.A. noch in der 2. Auflage); Schreiber, JhJ Bd. 60 (1912) S. 169ff; Nebelsiek, S. 62; Mayer, S. 42; Schmidt-Rimpler, S. 611; Rodig, S. 45 ff; Wienke, S. 75; Rühl, S. 44; Schless, S. 76 ff; Janz, S. 63; Hartmann, S. 30 ff; Ehrenzweig, § 113 Abs. 2; Dressler, S. 149; Hagen, S. 252; einer Analogie zuneigend auch Müller, DJZ 1906 S. 165 ff.
Unentschieden: Raisch JuS 67, 541 f; nur de lege ferenda befürworten eine Analogie: Müller-Erzbach (Handelsrecht), S. 167; Bartsch, Vhdl. 30 DJT (1910) Bd. 1 S. 185, für das Rechtsverhältnis an einem Sammelvermögen.
Angesichts der Tatsache, daß alle Kommentare eine Analogie ablehnen und nach dem Zweiten Weltkrieg nur Dressler in seiner dieser Thematik gewidmeten Diss. und Hagen (S. 252) - allerdings ohne eigene Begründung nur unter Bezug auf Dressler - eine solche befürwortet haben, kann der Aussage von Raisch (JuS 67, 541), die Meinungen in der deutschen Literatur seien geteilt, schwerlich zugestimmt werden.

1) Noch zu Art. 368 Abs. 2 ADHGB: RG v. 5.3.1880, RGZ 1, 314; OLG Hamburg v. 17.5.1891, DJZ 1898 S. 24; RG v. 1.12.1897, RGZ 40, 85;
zu § 392 Abs. II HGB: RG v. 14.6.1904, RGZ 58, 273 (276 f); OLG Dresden v. 20.9.1904, Sächs. Ann. Bd. 26 S. 508 (511); OLG Königsberg v. 14.10.1908, LZ 1909 S. 568 f; RG v. 19.2.1914, RGZ 84, 214 (216); die Entscheidung des RG v. 18.6.1890 (Seuff. Arch. Bd. 46 S. 144, 146) bejaht in einer entscheidungsunerheblichen Erklärung bezüglich einer Inkassozession die Möglichkeit einer analogen Anwendung von Art. 368 Abs. 2 ADHGB im Zivilrecht.

2) S. 149; und in Österreich Ehrenzweig, § 113 III; unentschieden Raisch in JuS 67 S. 541 f.

3) S. 252.

zogen werden, da die Unzulässigkeit einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB bei den weiter unten folgenden Auseinandersetzungen ein entscheidendes Argument sein wird[1].

a) Argumente gegen eine Analogie

Schon bei den Beratungen des zivilrechtlichen Auftragsrechts wurde erwogen, eine dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechende Vorschrift aufzunehmen[2]; die Mehrheit der Kommission lehnte dies jedoch ab[3]. Ein Antrag, der die mittelbare Stellvertretung insgesamt regeln sollte, gelangte erst gar nicht zur Beratung[4]. So wird denn vielfach die Entstehungsgeschichte als Argument gegen eine Analogie angeführt[5]. Der Auslegungsregel, daß Ausnahmen nicht ausdehnend interpretiert werden dürfen, sei jedenfalls dann zu folgen, wenn es sich um eine ausdrücklich in dieser Beschränkung gewollte Regelung handele[6].

---

1). S. 294.

2) Prot. Bd. II S. 360 "Forderungen, welche der Beauftragte aus der Geschäftsführung erworben hat, gelten im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten oder dessen Gläubigern als Forderungen des Auftraggebers."

3) Prot. Bd. II S. 360 ff (364 f).

4) Prot. Bd. II S. 360 f Fn. 1; der hier interessierende erste Abs. der Norm sollte lauten: "Hat jemand eine Sache oder ein Recht im eigenen Namen aber auf Rechnung eines anderen erworben (mittelbare Stellvertretung), so gilt der erworbene Gegenstand im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Erwerber oder dessen Gläubigern als dem ersteren gehörig, soweit er nicht zur Deckung der aus dem Verhältnis, auf welchem die mittelbare Stellvertretung beruht, entstandenen Ansprüche des Erwerbers gegen den Geschäftsherrn erforderlich ist."

5) RG v. 14.4.1904, RGZ 58, 273 ff (276); OLG Dresden v. 20.9.1904, Sächs. Ann. Bd. 26 S. 508 (511); Müller, DJZ 1906 S. 165; Planck-Flad, Vorb. 5 vor § 164; Siebert, S. 337; Pisko, S. 28 f, 68 f.

6) Siebert, S. 337.

Die Protokolle weisen für die Ablehnung auf einige Gründe hin, die dann in der Folgezeit auch bei der Auseinandersetzung um die Frage einer analogen Anwendung meist wieder aufgegriffen wurden.

Zunächst wird festgestellt, daß die Einführung einer der Norm des § 392 Abs. 2 HGB entsprechenden Vorschrift zur Vermischung von mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung und damit zu großen Unklarheiten führen würde.

> "Der Kredit könnte erheblich gestört werden, wenn die Gläubiger einer Person nicht mehr sicher wären, daß das Vermögen, welches sich äußerlich als ihr gehörig darstellte, auch rechtlich entsprechend behandelt würde."[1]

Bei einem erwerbsmäßigen Kommissionär dagegen müsse jeder damit rechnen, daß dieser vielfach fremdes Vermögen in Händen habe; deswegen sei eine Täuschung der Gläubiger und eine Störung der Kreditverhältnisse kaum zu befürchten[2].

Des weiteren spreche zwar in gewisser Weise die Billigkeit dafür, dem Auftraggeber ein besonderes Vorrecht an den vom Beauftragten in Ausführung des Auftrags erlangten Forderungen zu geben; aber wenn man diesen Gefühlen freien Spielraum gewähre, dann sei nicht einzusehen, warum nicht auch dem Käufer eines Grundstücks, der vor Übergabe den Kaufpreis bereits bezahlt habe, im Konkurse des Verkäufers ein besonderes Vorrecht vor den anderen Gläubigern

---

1) Prot. Bd. II S. 364; ebenso RG v. 14.6.1904, RGZ 58, 273 (276).

2) a.a.O., S. 364; RG v. 19.2.1914, RGZ 84, 214 (216); v. Tuhr, S. 206 Fn. 111; Friedmann, S. 892.

des Verkäufers gewährt werde. Die Tragweite der vorgeschlagenen Bestimmungen lasse sich nicht absehen. Deswegen müsse man sich darauf beschränken, Spezialbestimmungen zu treffen, wo besondere praktische Bedürfnisse vorlägen[1]. Nußbaum greift diesen letzteren Hinweis auf und sieht in der singulär gebliebenen Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB eine gewisse Bevorzugung des Kommissionshandels[2]. Weiterhin weist er darauf hin, daß es bei Handelsgeschäften auf Grund der kaufmännischen Buchführungspflicht leichter falle, die betreffenden Forderungen auszusondern, als bei einem zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrag, der entsprechende Aufzeichnungen nicht erfordere[3].

b) Argumente für eine Analogie

Ausgangspunkt der Rechtfertigung einer Analogie ist meist die Feststellung der Identität der Interessenlage bei einem Kommissionsgeschäft und einem normalen Vertretergeschäft[4]. Es sei nicht einzusehen, wieso der Geschäftsherr nach allgemeinem BGB schlechter gestellt werden solle.

Der Hinweis darauf, daß die Gläubiger bei einem Kommissionär mit fremden Forderungen rechnen müßten, gehe deswegen fehl, weil nach § 406

---

1) a.a.O., S. 365.

2) S. 40.

3) S. 39 f.

4) Schmidt-Rimpler, S. 611; Schreiber, JhJ Bd. 60 (1912) S. 169 ff; Schless, S. 79 f; Hartmann, S. 30 f; Dressler, S. 122 ff.

Abs. 1 Satz 2 HGB die Vorschrift auch bei Kaufleuten, die nicht Kommissionär seien, Anwendung finde[1]. Außerdem würden durch § 392 Abs. 2 HGB nicht nur Gläubiger aus rechtsgeschäftlichen, sondern auch solche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen ausgeschlossen. Bei diesen könne aber von einem "Damit-Rechnen-Können" keine Rede sein[2].

Der Gesichtspunkt der erleichterten Aussonderbarkeit auf Grund der kaufmännischen Buchführungspflicht könne deswegen nicht ins Feld geführt werden, weil auch Minderkaufleute sich auf § 392 Abs. 2 HGB (§ 406 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit § 4 HGB) berufen könnten und diese keiner Buchführungspflicht unterlägen[3].

Das Interesse der Gläubiger des Mittlers an einer Erkennbarkeit der Forderungszuständigkeit beinhalte keinen Argumentwert. Denn auch die grundsätzlich zulässige Verausabtretung geschehe ohne Kenntnis der Gläubiger des Mittlers. Deswegen sei aus der Nichterkennbarkeit der Wirkungen des § 392 Abs. 2 HGB kein Argument gegen die entsprechende Anwendung der Vorschrift im Zivilrecht herzuleiten[4].

Was schließlich den Hinweis der Protokolle auf das fehlende Aussonderungsrecht des Käufers, der den Kaufpreis schon entrichtet habe, angeht,

---

1) Schmidt-Rimpler, S. 612 Fn. 27; Rühl, S. 44; Schless, S. 79; Hartmann, S. 32; Raisch, JuS 67, S. 541; Dressler, S. 113; dieses Argument wird auch von einigen Gegnern der Analogie abgelehnt, so Nußbaum, S. 39; Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Rdz. 1; Pisko, S. 67.

2) Pisko, S. 67; Raisch, JuS 67, S. 541; Dressler, S. 116.

3) Schmidt-Rimpler, S. 611; Rühl, S. 44; Janz, S. 63 Fn. 193; Raisch, JuS 67 S. 541; Dressler, S. 111; gegen dieses Argument auch Pisko, S. 67.

4) Schmidt-Rimpler, S. 611; Rühl, S. 45; Hartmann, S. 32.

so erwidert Hartmann darauf, daß bei dem vorliegenden Dreipersonenverhältnis ausnahmsweise dem Surrogationsprinzip der Vorrang eingeräumt werden müsse, weil insoweit - anders als bei einem Kaufvertrag in einem Zweipersonenverhältnis - der Vermögenswert in keinem Augenblick wirtschaftlich zu dem Vermögen des Veräußerers gehört habe[1].

c) Stellungnahme

aa) Allgemeines zur Analogie

Zur Beantwortung der Frage, ob die analoge Anwendung von § 392 Abs. 2 HGB zulässig ist, empfiehlt es sich zunächst, einige grundsätzliche Überlegungen zum Analogieschluß anzustellen.

Analogie ist die Übertragung einer im Gesetz für einen bestimmten Tatbestand vorgesehenen Rechtsfolge auf einen anderen Tatbestand. Sie wird als zulässig erachtet, wenn das Gesetz eine Lücke aufweist. Eine Lücke wird definiert als eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes[2]. Woher kann nun der Maßstab gewonnen werden, an Hand dessen zu bestimmen ist, ob eine solche planwidrige Unvollständigkeit gegeben ist? Es bieten sich zwei Anknüpfungspunkte: einmal der Wille und die Vorstellung des historischen Gesetzgebers und zum anderen das objektiv sich aus dem Normgefüge ergebende Ge-

---

1) S. 33.

2) Larenz (Methodenlehre), S. 358; Canaris (Lücken), S. 39; gegen den Begriff der Lücke: Esser, S. 174 ff.

samtbild. Die Meinung des Gesetzgebers ist aus den Beratungen des BGB erkennbar; der Antrag, eine dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechende Norm auch in das allgemeine Zivilrecht aufzunehmen, wurde von der Mehrheit abgelehnt. Die zivilrechtliche Regelung wurde in bewußter Abgrenzung zum Handelsrecht unterschiedlich ausgestaltet. Gemessen an der Vorstellung und dem Gesamtkonzept des Gesetzgebers bietet sich nicht das Bild einer planwidrigen Unvollständigkeit, sondern im Gegenteil das einer bewußten Differenzierung. Dasselbe ergibt eine objektive Betrachtung des Normgefüges. Die zivilrechtliche Regelung zeigt sich als die Grundregelung, für die bezüglich des handelsrechtlichen Bereiches eine Ausnahme gemacht wird. Auch insoweit ist keine planwidrige Unvollständigkeit erkennbar. Damit steht fest, daß eine analoge Anwendung von § 392 Abs. 2 HGB im Zivilrecht nicht mit der Ausfüllung einer Lücke im Gesetz begründet werden kann. Eine solche ist nicht vorhanden.

bb) Analogie als Mittel zu einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung

Wenn nun dennoch von den oben genannten Literaturstimmen eine entsprechende Anwendung von § 392 Abs. 2 HGB befürwortet wird, so zeigt dies, daß die Methode der Analogie hier zu etwas ganz anderem gebraucht werden soll, nämlich zu einer Rechtsfortbildung contra legem oder - um einen Ausdruck von Larenz zu gebrauchen - zu einer gesetzesübersteigenden Rechts-

fortbildung[1]. Eine solche ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Deswegen bestehen im Grundsatz keine Bedenken, die Methode der Analogie auch hier anzuwenden. Denn die Anlehnung an eine im Gesetz bereits vorhandene Wertung ist ein Weniger im Verhältnis zu einer völlig neuen Rechtsschöpfung, die sich nur auf die Natur der Sache, die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs oder auf ein rechtsethisches Prinzip[2] stützen kann. Man muß sich nur darüber im klaren sein, daß die Methode der Analogie hier in einer sozusagen anderen Dimension zur Anwendung kommt; diese andere Dimension bringt schärfere Zulässigkeitsvoraussetzungen mit sich als die üblicherweise bei einer Analogie vorhandene Lückenproblematik. So ist z.B. die Analogie, welche das arglistige Vorspiegeln einer nicht vorhandenen Eigenschaft dem arglistigen Verschweigen eines Fehlers nach § 463 Abs. 1 Satz 2 gleichstellt, erkennbar auf einer anderen Ebene angesiedelt als die Frage einer Analogie der Norm des § 392 Abs. 2 HGB im allgemeinen Zivilrecht. (Es ist Larenz zuzustimmen, daß der Begriff der Lücke bei Fällen, in denen es sich wie vorliegend um eine Rechtsfortbildung contra legem handelt, als Abgrenzungskriterium aufzugeben ist[3].)

---

1) (Methodenlehre), S. 402.

2) Aufzählung nach Larenz (Methodenlehre), S. 402 ff.

3) (Methodenlehre), S. 352, 402; auch wenn man wie Esser, S. 175, den Begriff der Lücke als "Selbsttäuschung" ablehnt, kann der dargelegte Qualitätsunterschied in der Rechtsfortbildung nicht geleugnet werden.

Die Frage einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB hat somit von der Überlegung auszugehen, wann grundsätzlich eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung zulässig ist.

Ein Rechtssystem dient nicht nur dem Richter zur Streitentscheidung, sondern auch dem Rechtsunterworfenen zur Ermöglichung einer in die Zukunft gerichteten Planung. Dementsprechend hoch müssen die Voraussetzungen angesetzt werden, unter denen eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung zugelassen werden kann. Larenz führt drei Fallgruppen an: Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die Natur der Sache, ein rechtsethisches Prinzip[1]; jedenfalls ausreichend ist auch ein Verstoß des Gesetzgebers gegen Verfassungsrecht. Denn hier zwingt die Höherrangigkeit des Verfassungsrechts zur Korrektur des einfachen Gesetzes.

Vorliegend käme eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung unter zwei Aspekten in Betracht: zunächst, weil die Lösung des zivilrechtlichen Auftragsrechts - den Gläubigern des Beauftragten den Vorzug vor dem Auftraggeber einzuräumen - gemessen an der Natur der Sache oder den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs als unhaltbar erscheint; und des weiteren könnte erwogen werden, ob eine Differenzierung zwischen Kaufleuten, die innerhalb ihres Handelsgeschäftes tätig werden, und Privatleuten möglicherweise gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt.

---

1) (Methodenlehre), S. 403 ff.

aaa) Natur der Sache, Bedürfnisse des Rechtsverkehrs

Bei Betrachtung der Natur der Sache und der Bedürfnisse des Rechtsverkehrs muß zunächst hervorgehoben werden, daß hier nicht jede Unbilligkeit oder jedes Bedürfnis zu einer Korrektur des Gesetzes führen kann. Die Rechtssicherheit als ein in der Gewaltenteilung niedergelegtes Prinzip mit einem eigenen hohen Gerechtigkeitswert läßt eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung allenfalls dort zu, wo anderenfalls eine Rechtsfrage nur unter Verletzung grundlegender und allgemein anerkannter Gerechtigkeitsvorstellungen gelöst werden kann.

Die Befürworter einer entsprechenden Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB stellen übereinstimmend in den Vordergrund, daß das Interesse des Auftraggebers gegenüber dem Interesse der Gläubiger des Beauftragten überwiege. Wirtschaftlich gesehen stehe die Forderung des Mittlers dem Geschäftsherrn zu[1]. Dabei wird allgemein übersehen, daß dies nur dann richtig ist, wenn der Geschäftsherr tatsächlich vorgeleistet hat[2]. Dazu ist er zwar nach § 669 verpflichtet; eine Vorleistung des Geschäftsherrn ist aber keineswegs notwendiger Inhalt des Begriffs "Handeln im fremden Interesse". So betrachtet, trägt die Regelung des § 392 Abs. 2 HGB also nur in eingeschränktem Maße

---

1) z.B.: Schmidt-Rimpler, S. 611; Hartmann, S. 30 ff.

2) So geht z.B. Schreiber, JhJ Bd. 60 (1912) S. 169, als Beispiel von einer Fallkonstellation aus, in der ein Vorschuß gezahlt wurde.

dem obigen Argument Rechnung[1].

Weiterhin ergeben sich aus einer grundsätzlichen Überlegung heraus Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB. Der Gerechtigkeitswert einer Regelung bemißt sich nicht nur an dem theoretischen Regelungsgehalt, sondern auch an ihrer Praktikabilität. Anders ausgedrückt: der Einfachheit und Klarheit eines Regelungssystems kommt durchaus ein eigener Gerechtigkeitswert zu, der mit der individuellen Einzelfallgerechtigkeit in Widerspruch treten kann. Im zivilen Auftragsrecht hat der Gesetzgeber der allgemeinen Funktionalität und Übersichtlichkeit den Vorzug vor der Einzelfallgerechtigkeit gegeben. Dies zeigen deutlich auch die in den Protokollen wiedergegebenen Überlegungen, welche auf die Parallele zur fehlenden Aussonderungsmöglichkeit des Käufers, der bereits bezahlt hat, im Konkurs des Verkäufers hinweisen[2].

Man könnte nun allenfalls noch einwenden, daß die Bedenken des Gesetzgebers bezüglich der praktischen Handhabung nicht der Realität entsprächen. Dies trifft jedoch nicht zu; die Relativierung einer Forderung nach dem Muster des § 392 Abs. 2 HGB führt in der praktischen

---

1) Das Schweizer Recht löst dieses Problem, indem es nicht eine Relativierung der Forderung festsetzt, sondern eine cessio legis normiert, diese allerdings von der Leistung des Geschäftsherrn an den Mittler abhängig macht (Art. 401 Abs. 1 OR; die Vorschrift ist o.S. 152 Fn. 3 wiedergegeben).

2) Prot. Bd. II S. 365; s.o.S. 157 f.

Anwendung zu wesentlich größeren Schwierigkeiten als eine strikte Trennung der Rechtsbeziehungen.

Dies beginnt bei der Tatbestandsvoraussetzung des "für fremde Rechnung Handeln"; bei einem Kauf des Mittlers ist die Abgrenzung zum Eigengeschäft schwierig, weil man zur Bestimmung letztlich nur auf den inneren Willen des Mittelsmannes angewiesen ist. Die Abrede mit dem Geschäftsherrn mag zwar ein wichtiges Indiz liefern, aber einerseits ist der Mittler, auch wenn es sich um einen genau bestimmten Gegenstand handelt, nicht gehindert, die Sache für sich selbst zu erwerben, und zum anderen sind auch die Abreden zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn, die nur an das wirtschaftliche Ziel, nicht aber an die juristische Konstruktion denken, oft nicht eindeutig. So kann, wie auch das anglo-amerikanische Recht zeigt[1], die Abrede zwischen dem Mittler und seinem Auftraggeber, für den Auftraggeber zu erwerben, manchmal sowohl im Sinne einer mittelbaren Stellvertretung (d.h. der von dem Dritten geforderte Kaufpreis soll der Zahlungsverpflichtung des Geschäftsherrn - meist noch zuzüglich einer Provision - entsprechen) als auch i.S. eines eigenen Zwischengeschäftes (d.h. der Beauftragte bestimmt den von dem Auftraggeber zu zahlenden Preis, unabhängig davon, welcher zwischen dem Dritten und dem Beauftragten vereinbart wurde) verstanden werden. Des weiteren ergeben sich aus dem

---

1) Vgl. Armstrong v. Stokes (1872) L.R. 7 Q.B. 598 (604 ff); vgl. zu dieser Entscheidung o.S. 71 f.

Umstand, daß man auf den inneren Willen des Mittlers angewiesen ist, Manipulationsgefahren und Beweisschwierigkeiten. Diesem Gesichtspunkt kann nicht mit dem Hinweis darauf begegnet werden, die allgemein für zulässig gehaltene Vorausabtretung, welche dieselbe Gefahr mit sich bringe, weise auf eine gewandelte Rechtsauffassung hin[1]; denn die Möglichkeit einer Vorauszession war bereits zur Zeit der Entstehung des BGB grundsätzlich anerkannt[2]. Wenn der Gesetzgeber dennoch aus dem Interesse der Gläubiger des Mittlers heraus eine Verallgemeinerung des § 392 Abs. 2 HGB ablehnte, so läßt dies folgende durchaus verständliche und auch heute noch anerkennenswerte Überlegung erkennen: die Tatsache, daß sich mittels rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen ein bestimmtes Ergebnis erzielen läßt (Ausschaltung der Gläubiger des Mittlers), spricht noch nicht dafür, diese Rechtsfolge allgemein auch ohne eine entsprechende Abrede eingreifen zu lassen. (Sonst müßte z.B. immer ein Eigentumsvorbehalt entstehen, wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt wurde,der Gegenstand aber bereits übergeben wurde; und eine Bezahlung ohne Übergabe müßte stets einen

---

1) In diese Richtung deuten die Ausführungen von Schmidt-Rimpler (S. 611): "Aber nachdem das Recht durch andere Normen den Gläubiger des Schutzes beraubt, auch wo die Kautelen des kaufmännischen Charakters fehlen, läßt es sich nicht rechtfertigen, gerade in diesem Punkte solche Kautelen zu fordern."

2) So heißt es in dem RG-Urteil v. 29.9.1903 (RGZ 55, 334), daß die Zulässigkeit einer Vorausabtretung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts "unter der Herrschaft des früheren Rechts bejaht worden" sei. "So sagt das Urteil des III. Civilsenates vom 20.1. 1891, Rep. III. 231/90, bei dem es sich, soweit ersichtlich, um die Anwendung des gemeinen Rechts handelte, geradezu, die Zulässigkeit solcher Cessionen sei jetzt u n b e s t r i t t e n , ebenso der mit der Entstehung der Forderung sich unmittelbar vollziehende Übergang derselben auf den Cessionar."

Eigentumsübergang nach § 930 zur Folge haben.) Die Möglichkeit, daß durch Vereinbarung eine in der praktischen Handhabung schwierigere und der Manipulation besonders zugängliche Rechtslage herbeigeführt werden kann, spricht also nicht für deren allgemeine Einführung im Wege der Rechtsfortbildung.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: die vom Gesetzgeber beim Auftragsrecht gewählte Trennung der Rechtsbeziehungen regelt zum einen nicht alle Fälle abweichend von individuellen Gerechtigkeitsvorstellungen (Beispiel: fehlende Vorauszahlung), und zum anderen ist es eine durchaus legitime Überlegung, einer klaren und übersichtlichen Regelung den Vorzug zu geben vor einer theoretisch in den meisten Fällen zwar billigen, in ihrer praktischen Anwendung aber ungleich komplizierteren Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen. Jedenfalls sprechen keine so schwerwiegenden Bedenken gegen die bürgerlich-rechtliche Regelung, daß mit Rücksicht auf die Natur der Sache oder die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung erforderlich und damit zulässig erscheint.

bbb) Zwingt Artikel 3 GG zu einer entsprechenden Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB im allgemeinen Zivilrecht?

Schon vor Inkrafttreten des GG haben die Befürworter einer Analogie die Gleichartigkeit der zwischen Privatpersonen einerseits und

zwischen Kaufleuten andererseits in mittelbarer Stellvertretung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte behauptet[1]. Dressler greift dieses Argument in seiner nach Inkrafttreten des GG geschriebenen Dissertation auf und begründet die analoge Anwendung von § 392 Abs. 2 HGB auch auf Nichtkaufleute mit dem Gleichbehandlungsgebot[2]. Damit ist auch die Frage gestellt, ob Art. 3 Abs. 1 GG eine solche entsprechende Anwendung gebietet.

Diese Argumentation scheitert im Grunde genommen schon an einem formellen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt. Wegen des Primats des Gesetzgebers kann der Richter, falls ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz festgestellt wird, nur dann die richtige Norm durch eine andere Regelung ersetzen, wenn nur e i n e Möglichkeit zur Herbeiführung eines verfassungsmäßigen Zustandes denkbar ist. Gibt es mehrere solcher Möglichkeiten, muß die Auswahl zwischen diesen grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Statt einer Erstreckung der Norm des § 392 Abs. 2 HGB auf das Zivilrecht könnte auch die handelsrechtliche Norm abgeschafft werden[3].

---

1) Schmidt-Rimpler, S. 611; Schless, S. 79 f; Hartmann, S. 31.

2) S. 41, 120.

3) Wer demgegenüber eine Bevorzugung der Gläubiger des Mittlers vor dem Geschäftsherrn grundsätzlich für unzulässig hält, dem scheinen aus diesem Gesichtspunkt keine Schwierigkeiten zu erwachsen; denn nach dieser Ansicht verbleibt nur die Möglichkeit, auch den zivilrechtlichen Geschäftsherrn zu schützen. Doch auch dann stellt sich die Frage, ob der Vorrang des Gesetzgebers nicht auf andere Weise ins Spiel gebracht werden müßte; denn ein Schutz des Geschäftsherrn wäre nicht nur durch eine entsprechende Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB, sondern auch durch die Schaffung eines Treuhandverhältnisses oder einer Legalzession nach schweizerischem Muster zu erreichen.

Demnach verbietet sich schon aus diesem Gesichtspunkt eine Analogie. Daß dies in der bisherigen Diskussion übersehen wurde, dürfte auch eine Folge der fehlenden Unterscheidung zwischen einer Analogie zum Zwecke der Lückenausfüllung und zum Zwecke einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung sein. Handelt es sich nämlich, wie meist, um eine entsprechende Anwendung zur Ausfüllung einer Lücke, wird durch eine Analogie der Primat des Gesetzgebers nicht tangiert, da in diesem Fall die Analogie ja gerade dazu dient, die Lücke im Sinne des aus der Grundregelung und des Normzusammenhanges erkennbaren Willens des Gesetzgebers zu schließen.

Es wäre jedoch ein unbefriedigendes Ergebnis, eine Analogie nur aus formellen verfassungsrechtlichen Gründen ablehnen zu müssen, obwohl ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt. Deswegen soll im folgenden noch die Frage der Gleich- oder Ungleichartigkeit der Tatbestände im einzelnen überprüft werden.

Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, Gleiches auch gleich zu behandeln. Damit kann nicht eine naturwissenschaftliche Gleichheit im Sinne von Identität gemeint sein[1], da sich eine Regelung dafür erübrigen würde. Muß der Begriff der Gleichheit aber weiter verstanden werden, stellt sich notwendigerweise die Frage nach dem Maßstab, an dem die Gleichheit gemessen werden kann. Das Bundesverfassungs-

---

1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 3 Rdz. 332.

gericht gibt folgende Antwort:

> "Der Gesetzgeber kann grundsätzlich selbst die Sachverhalte auswählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpfen, die er also im Rechtssinne als gleich ansehen will. ... Voraussetzung für die Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz ist lediglich, daß die gewählte Differenzierung auf sachgerechten Erwägungen beruht."[1]

Speziell zu dem hier vorliegenden Verhältnis von Sonderregelung (hier: § 392 Abs. 2 HGB) zur Grundregelung (hier: Auftragsrecht) führt das Gericht an anderer Stelle aus:

> "Der Gleichheitssatz wird durch eine Sonderregelung verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden läßt, d.h. wenn die Regelung als willkürlich bezeichnet werden muß."[2]

Die Kernfrage ist somit, ob die Differenzierung zwischen der zivil- und der handelsrechtlichen Regelung auf sachgerechte Erwägungen zurückgeführt werden kann, oder ob sie als willkürlich bezeichnet werden muß.

Als Unterscheidungskriterium bietet sich die schon bei den Beratungen zum BGB angestellte Überlegung an, daß die Gläubiger eines Kommissionärs im Gegensatz zu den Gläubigern eines zivilrechtlich Beauftragten damit rechnen müssen, daß die Forderungen ihres Schuldners diesem nicht zustehen. Dem wird entgegengehalten,

---

1) BVerfG v. 13.5.1969, BVerfGE 26, 1 (8).

2) BVerfG v. 16.5.1961, BVerfGE 12, 341 (348); bei Maunz-Dürig-Herzog-Scholz heißt es: (Art. 3 Rdz. 333) "Die richterliche Kontrolle jedoch maßt sich nicht an, schlechterdings zu kontrollieren, was jeweils als wesensgleich anzusehen ist und darum nicht ungleich behandelt werden darf, sondern sie prüft diese Differenzierung "nur" auf "Willkür"."

daß über § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB die Norm des § 392 Abs. 2 HGB auch auf andere Kaufleute Anwendung finde und daß bei diesen Gelegenheitskommissionären bezüglich des "Damit-Rechnen-Müssens" kein Unterschied zu einem zivilrechtlichen Beauftragten bestehe.

Selbst wenn die Vorhersehbarkeit bezüglich des "Damit-Rechnen-Könnens" kein sachgerechtes Abgrenzungskriterium zwischen den Sachverhalten, die § 406 Abs. 2 Satz 2 HGB unterfallen, und den Zivilrechtsfällen darstellen sollte, kann diese Gleichheit die in diesem Punkte bestehende Unterschiedlichkeit zwischen der Grundsituation des § 392 Abs. 2 HGB (Kommissionsgeschäft) und einer zivilrechtlichen Geschäftsbesorgung[1] nicht beseitigen. Die bezüglich einer speziellen Situation (§ 406 Abs. 1 Satz 2 HGB) möglicherweise bestehende Gleichartigkeit kann die hinsichtlich des Grundfalles (§ 392 Abs. 2 HGB) vorhandene Verschiedenheit nicht ausräumen.

Das gleiche gilt für das Argument, welches das Differenzierungskriterium der erleichterten Aussonderbarkeit bei Kaufleuten auf Grund deren Buchführungspflicht nicht gelten lassen will, weil § 392 Abs. 2 HGB über § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB auch auf Minderkaufleute (§ 4 Abs. 1 HGB) Anwendung findet und für diese keine Buchführungspflicht besteht[2]. Hier wird ebenfalls erfolglos der Versuch gemacht, über das Fehlen einer Unterschiedlichkeit zwischen zivilrechtlicher Ge-

---

1) Diese wird allgemein nicht geleugnet, vgl. z.B. Dressler, S. 113.

2) s. zu dieser Argumentation o.S. 159.

schäftsbesorgung und einem Spezialfall (Minderkaufleute), die Unterschiedlichkeit auch bezüglich des Grundfalles (Kommissionsgeschäft) zu leugnen[1].

Abgesehen von den vorstehend aufgeführten Unterschieden hindert noch eine andere Überlegung, die in § 392 Abs. 2 HGB vorgenommene Differenzierung zwischen Handels- und Zivilrecht als willkürlich zu bezeichnen: § 392 Abs. 2 HGB stellt, worauf schon Nußbaum hinwies, eine "gewisse Begünstigung des Kommissionshandels" oder - wegen § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB - besser: eine Begünstigung des kaufmännischen Handelns dar.

Die Zulässigkeit einer solchen Bevorzugung des Kaufmannstandes wird von Dressler nur mit dem Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot für unzulässig gehalten[2]. Dabei verkennt er, daß die Förderung eines reibungslosen Handelsverkehrs eine wirtschaftspolitische Zielsetzung ist. Der gewerbsmäßige Handel durch Kaufleute, die dadurch ihren Lebensunterhalt verdienen, wird als ein Grundpfeiler unserer Wirtschafts-

---

1) Hinzu kommt auch hier wiederum in beiden Fällen noch folgendes formelle Moment: Einer unterstellten Gleichartigkeit zwischen den Fällen der §§ 406 Abs. 1 Satz 2, 392 Abs. 2 HGB (bzw. §§ 406 Abs. 1 Satz 2, 392 Abs. 2, 4 Abs. 1 HGB) und der zivilrechtlichen Geschäftsbesorgung könnte nicht nur durch eine analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB, sondern auch durch Streichung des § 392 Abs. 2 HGB oder durch eine Herausnahme dieser Spezialfälle aus der Verweisung des § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB Rechnung getragen werden. Auch hier wird also eine Analogie jedenfalls wiederum durch den Primat des Gesetzgebers verhindert.

2) S. 120; Raisch (JuS 67 S. 541) äußert nur Bedenken, ob eine solche Begünstigung zulässig ist.

ordnung angesehen. Es kann deswegen keine Rede davon sein, daß für eine Begünstigung von Kaufleuten durch die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB keine sachlichen, die Unterscheidung zum allgemeinen Zivilrecht rechtfertigenden Umstände erkennbar sind.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Beschränkung der Regelung des § 392 Abs. 2 HGB auf Kaufleute (§ 392 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB) sich keinesfalls als willkürlich darstellt; eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB kann deswegen auch nicht damit begründet werden, daß sie vom Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gefordert wird.

4. Das sog. Unmittelbarkeitsprinzip und die mittelbare Stellvertretung

Ein Schutz des Geschäftsherrn vor den Gläubigern des Mittlers, wie es das anglo-amerikanische Recht mit der Direktberechtigung gewährleistet, könnte auch dadurch erreicht werden, daß die von dem Mittler im eigenen Namen,aber für Rechnung des Geschäftsherrn erworbene Forderung einer treuhänderischen Bindung unterworfen wird[1].

1) Im anglo-amerikanischen Recht nimmt man teilweise trotz der Direktberechtigung des Geschäftsherrn ein entsprechendes "Trust"-Verhältnis an; vgl. Ferson (§ 157), s.o.S.129 Fn.2 ; s. auch die Entscheidung Hamer v. Armstrong (1934 Ch. 65 C.A.; s.o.S.120f) in der wegen der Form des Vertrages eine undisclosed agency ausgeschlossen war, und den Aufsatz von Ames (18 Yale L.J. (1909) S. 443 ff; vgl. dazu o.S. 128 ff).

Die Treuhand ist ein heute allgemein anerkanntes Rechtsinstitut. Bei treuhänderischem Eigentum bzw. treuhänderischer Forderungsinhaberschaft wird dem Umstand Rechnung getragen, daß dem Treuhänder eine nach außen überschießende Rechtsmacht eingeräumt wurde, der eine obligatorische Bindung im Innenverhältnis zum Treugeber gegenübersteht. Weil das Treugut nur rechtlich, nicht aber wirtschaftlich dem Treuhänder zusteht, sind die Zugriffsrechte der Gläubiger des Treuhänders weitgehend eingeschränkt[1]. Die Entstehung von Treugut wird von der Rechtsprechung[2]

---

1) Vgl. die Übersicht z.B. bei Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 164 Anm. 3; § 398 Anm. 6; Enneccerus-Nipperdey II,§ 148 II S. 919 ff; Medicus, Rdz. 488 ff; Lehmann-Hübner, § 34 II 2 b; grundlegend: Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis (1933).

2) RG v. 15.10.1909, JW 1910 S. 4 Nr. 2 (=RG Gruchot 54 S. 626); RG v. 19.2.1914, RGZ 84, 214 (217 f); RG v. 29.5.1915, LZ 1915 S. 1022 Nr. 44 (=JW 1915 S. 927 f Nr. 16); RG v. 10.10.1917, RGZ 91, 12 (16); RG v. 22.3.1918, RGZ 92, 341 (342); RG v. 5.11.1918, RGZ 94, 305 (308); RG v. 25.5.1921, RG Warn Rspr. 1921,S. 157 Nr. 130; RG v. 25.1.1926, RG Gruchot 68 (1927) S. 553 (=JW 26, 2571, 2572); RG v. 27.2.1928, JW 1928 S. 1653 Nr. 1; RG v. 5.7.1928 , JW 1928 S. 2446 Nr. 10; RG v. 6.3.1930, RGZ 127, 341 (344); RG v. 5.12.1930, RG Warn Rspr. 1931, S. 107 Nr. 51; RG v. 20.2.1931, JW 1931 S. 2968 Nr. 12; RG v. 9.6.1931, RGZ 133, 84 (87) (=JW 31, S. 3105); RG v. 19.2.1937, RGZ 153, 366 (370); BGH v. 5.11.1953, JZ 54, 438 (=NJW 54, 190 ff; BGHZ 11, 37); OLG Düsseldorf v. 2.7.1954, BB 54, 850; BGH v. 7.4.1959, BB 59, 573 (=NJW 1959, S. 1223 ff); BGH v. 30.10.1959, WM 1960, S. 325; OLG Köln v. 13.11.1964, MDR 1965, S. 1001; BGH v. 25.11. 1964, WM 1965, S. 173 (174); BGH v. 16.12.1970, NJW 1971, S. 559f; gegen das Unmittelbarkeitsprinzip: RG v. 25.1.1926, KTS 3 S. 86 (vgl. dazu Friedmann, S. 865) und LG Hamburg v. 5.2.1957, MDR 57, S. 684,unter fälschlicher Berufung auf Siebert, S. 109, der nämlich das Unmittelbarkeitsprinzip nicht ablehnt, sondern gerade verteidigt (vgl. Siebert, S. 192 ff).

und der herrschenden Literaturmeinung[1] u.a. davon abhängig gemacht, daß der Vermögenswert unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden ist. Die grundlegende Reichsgerichtsentscheidung[2] schuf dieses sogenannte Unmittelbarkeitsprinzip an Hand eines Sachverhaltes, in dem ein mittelbarer Stellvertreter ein Haus gekauft hatte . Dessen Gläubiger hatten die Mietforderungen, die der Mittler auch als mittelbarer Stellvertreter für den Geschäftsherrn einzuziehen gedachte, gepfändet. Die Drittwiderspruchsklage des mittelbar Vertretenen, der die Forderungen für sich beanspruchte, wurde zurückgewiesen. Wolle man bei jeder mittelbaren Stellvertretung ein Treuhandverhältnis annehmen, dann würde der Begriff der Treuhand "völlig ins Ungewisse zerfließen"[3]. Deswegen könne ein Treuhandverhältnis nur bei einem unmittelbaren Vermögensübergang anerkannt werden. Dieses Erfordernis ist nicht auf Forderungen beschränkt geblieben, sondern auch auf Sachen

---

1) Siebert, JW 1931, S. 3106; Siebert, S. 192 ff; Radke, S. 40 ff; Staudinger-Berg, § 929 Rdn. 31; Jaeger-Lent, § 43 Anm. 41; Steffen in RGRK z. BGB, Vor § 164 Rdz. 26; Ratz in RGRK z. HGB,Anm. 95c zu § 368; Serick, BB 1960 S. 141 (144); Schuler, JuS 62 S. 50 ff; Schlegelberger-Hefermehl (4. Auflage), Anh. zu § 368 Rdz. 149; Serick (II), § 19 II 2, S. 81 ff; Soergel-Siebert-Mühl, Einl. z. Sachenrecht,Rdz. 49; Weckerle, S. 48 ff, 72 f; Serick (IV), § 43 III 2, S. 90 ff.

2) RG v. 19.2.1914, RGZ 84, 214 ff.

3) RG a.a.O., S. 217.

ausgedehnt worden[1].

In der Literatur ist das Unmittelbarkeitserfordernis vielfach angegriffen worden. Grundsätzlich könne, auch wenn der Vermögenswert dem Treuhänder nicht unmittelbar vom Treugeber übertragen werde, sondern der Treuhänder ihn von dritter Seite erwerbe, sofort ein Treuhandverhältnis entstehen[2]. Dabei

---

1) Für eine bestimmte Fallgruppe hat die Rechtsprechung das Unmittelbarkeitserfordernis aufgegeben. Falls Rechtsanwälte Geldforderungen im Auftrag ihrer Mandanten einziehen und auf ein sog. Anderkonto einzahlen, wird die Forderung gegen die Bank als einer treuhänderischen Bindung unterworfen angesehen (BGH v. 5.11. 1953, JZ 54, S. 438 = NJW 54 S. 192). Diese Rechtsprechung hat der BGH später ausgedehnt auf ein Postscheckkonto, welches der Kassenwart eines Vereins eingerichtet hatte (Urteil v. 7.4.1959, NJW 59 S. 1223ff). Wurde jedoch von dem Beauftragten Geld auf sein allgemeines Konto eingezogen, hat es der BGH ausdrücklich abgelehnt, eine über die bloß obligatorische Bindung hinausgehende Treuhänderschaft des Beauftragten anzuerkennen (Urteil v. 16.12.1970, NJW 1971 S. 559 f). Schon Siebert, S. 353 ff,wollte für die Anderkontenfälle eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip zulassen.

2) Hachenburg, JW 1915, S. 964 Anm. 16; Riezler, JW 1928 S. 1653; Emmerich, S. 146 ff; Kunisch, S. 20 f; Gremmels, S. 79; Staudinger-Coing, Einl. 60 d v. § 104; Enneccerus-Nipperdey II, § 148 II S. 920; Assfalg, S. 124, 167 ff; Kötz, S. 132 ff; Assfalg, NJW 1963 S. 1582 (1586); Rosenau, DB 1966 Beilg. Nr. 18/66 zu Heft 49; Thomas, NJW 1968 S. 1705 ff (1708); Lammel, S. 8 ff; Marwede, S. 180; Coing (Treuhand), S. 102 ff, 178; Canaris, NJW 1973 S. 825 (832); Walter, S. 127 ff, 154 ff; Coing (zu BGHZ 61, 72), S. 212 f; Beuthien, AcP 175 (1975) S. 456, 460; Palandt-Bassenge, Einf. 7 D v. § 929; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Vor § 164 Rdz. 70; kritisch zum Unmittelbarkeitsprinzip auch Huber, S. 416 ff. Liebs, AcP 175 (1975) S. 40 will in Zukunft mit Hilfe eines differenzierenden Vorgehens das Unmittelbarkeitsprinzip wenigstens teilweise durch andere, der Eigenart des einzelnen Treuhandverhältnisses besser angepaßte Kriterien ersetzen.

wird die Diskussion meist nur an Hand des Erwerbs von treuhänderischem Eigentum, weniger an Hand von Forderungstreuhänderschaften geführt. Die meisten Vertreter einer Aufgabe des Unmittelbarkeitsprinzips gehen nicht so weit, bei jeder mittelbaren Stellvertretung ein Treuhandverhältnis anzunehmen. Entweder wird der sogenannte Ersterwerb nur dann als treuhandbegründend anerkannt, wenn es sich um Ersatz für anderes Treugut handelt - nach der h.M. kann hier wegen des sogenannten Surrogationsverbots, welches eine Folge des Unmittelbarkeitsprinzips ist, kein Treugut entstehen; oder aber es wird wenigstens eine spezielle Treuabrede verlangt, nach welcher der Treuhänder den von dritter Seite erworbenen Vermögenswert als Treugut für den Treugeber verwahren soll[1]. Nicht die Unmittelbarkeit bestimme dann über die Möglichkeit der Treugutentstehung, sondern nur die Bestimmbarkeit[2]. Damit ist auch die mittelbare Stellvertretung e i n e Treuhandbegründungsmöglichkeit.

Nur Assfalg[3] und wohl auch Schless[4] führen den Vorstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip soweit, daß sie j e d e mittelbare Stellvertretung, auch wenn der Mittler nur als Durch-

---

1) z.B. Coing (Treuhand), S. 102; Walter, S. 135.

2) so z.B. Coing (Treuhand), S. 178; Assfalg, S. 133, 141; Marwede, S. 180, 185 ff; Thomas, NJW 1968 S. 1708 r.Sp.; Lammel, S. 8 ff.

3) S. 146, 176.

4) S. 43, 51, 53.

gangsstation fungiert, als Treuhandverhältnis qualifizieren[1].

In der vorliegenden Untersuchung geht es darum, inwieweit die Direktberechtigung, die das anglo-amerikanische Recht dem Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten in Fällen des normalen Geschäftsbesorgungskaufs bzw. -verkaufs zubilligt, im deutschen Recht mittels der Annahme eines Treuhandverhältnisses bezüglich der von dem Mittler erworbenen Forderung erreicht werden kann. Deswegen soll die Frage, ob nicht eine teilweise Aufgabe des Unmittelbarkeitsprinzips in den Surrogations-[2] und Treugutabredefällen zu befürworten ist, unbeantwortet bleiben. Klärungsbedürftig ist nur, ob - wie Schless und Assfalg behaupten - das Unmittelbarkeitsprinzip für die normalen Fälle der mittelbaren Stellvertretung, in denen der Mittler nur Durchgangsperson ist und sein soll, aufzugeben ist und ein Treuhandverhältnis bejaht werden muß.

---

1) Es wird nicht ganz klar, ob auch Emmerich, S. 146 ff, und Riezler, JW 28 S. 1653, so weit gehen wollen; Huber will zwar grundsätzlich am Unmittelbarkeitsprinzip festhalten (S. 417); aber dadurch, daß er für die Surrogationsfälle eine Ausnahme machen will und darunter auch die Fallkonstellation rechnet, in der der Beauftragte mit Mitteln des Auftraggebers erwirbt (S. 418 f), gelangt er im praktischen Ergebnis doch zu einer weitgehenden Einbeziehung der mittelbaren Stellvertretung; er würde ein Treuhandverhältnis nur dann versagen, wenn der Geschäftsherr dem Mittler die Mittel zur Erfüllung des Vertrages mit dem Dritten erst nach dem Vertragsschluß zwischen dem Dritten und dem Mittler zur Verfügung stellt.

2) Mit den Anderkontofällen hat die Rspr. (vgl. o.S. 177 Fn. 1) für eine spezielle Gruppe von Surrogationsfällen (die treuhänderisch abgetretene Forderung wird durch eine Forderung gegen die Bank ersetzt) eine Abkehr vom Unmittelbarkeitsprinzip vollzogen.

Im Ergebnis würde damit genau dasselbe erreicht, als wenn man § 392 Abs. 2 HGB im Zivilrecht entsprechend anwenden würde[1]. Aus dieser Feststellung ergibt sich auch schon die Antwort; die obige Prüfung hat ergeben, daß eine solche entsprechende Anwendung, welche eine richterliche Rechtsfortbildung contra legem darstellen würde, nicht in Frage kommt. Damit verbietet sich aber auch die Konstruktion einer Treuhand, welche genau dasselbe Ergebnis zeitigen würde[2].

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß dann die Sonderbestimmung des § 392 Abs. 2 HGB die Anerkennung jeder Treuhandschaft an einer Forderung verhindern würde, also z.B.

---

1) So kommt denn auch Böhm (S. 43 ff, 68 ff) in seiner ausführlichen Untersuchung über die Qualifizierung des § 392 Abs. 2 HGB zu dem Ergebnis, daß diese Norm einen Fall der Treuhand darstellt.

2) Im Grunde genommen hat schon das Reichsgericht in der bereits angeführten grundlegenden Entscheidung v. 19.2.1914, RGZ 84, 214, diese Argumentation in etwas verschleierter Form vorgebracht. Denn dort lehnt es erst eine entsprechende Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB ab, bevor es dann im Anschluß daran ein Treuhandverhältnis ebenfalls verneinte. Statt der etwas phrasenhaften Formulierung, daß der Treuhandbegriff bei Einbeziehung der mittelbaren Stellvertretung "völlig ins Ungewisse zerfließen würde", hätte es näher gelegen, einfach auf die Ausführungen zu § 392 Abs. 2 HGB zu verweisen. Bezüglich des treuhänderischen E i g e n t u m s wäre dann allerdings die Rechtslage noch offen geblieben; die allgemeine Formulierung des Unmittelbarkeitsprinzips bezog hingegen auch die Frage des Eigentumserwerbes ein.

auch wenn der potentielle Treuhänder die Forderung durch Abtretung des Treugebers erworben hat. Denn § 392 Abs. 2 HGB bezieht sich nur auf den Ersterwerb einer Forderung, und der Gesetzgeber hatte auch nur diese Situation im Auge, als er die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das BGB ablehnte. Deswegen konnte für den vom Treugeber selbst herrührenden Erwerb einer Forderung eine Spaltung der Rechtszuständigkeit nach dem Muster des § 392 Abs. 2 HGB auch außerhalb des Tatbestandbereiches dieser Vorschrift zugelassen werden. Die Unmittelbarkeit als Unterscheidungs- und Abgrenzungskriterium markiert die Grenze, bis zu der eine Rechtsfortbildung vorgenommen werden konnte, ohne eindeutig in den Bereich der Rechtsfortbildung contra legem zu gelangen.

Schless erkannte die zentrale Bedeutung, die § 392 Abs.2HGB in dieser Diskussion einnehmen muß. Deswegen stützte er seine Meinung, jede mittelbare Stellvertretung sei als Treuhand zu qualifizieren, im wesentlichen auf § 392 Abs. 2 HGB; der Schwerpunkt seiner Argumentation liegt in dem Versuch, eine analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB im allgemeinen Zivilrecht zu bejahen[1)], um daraus eine Treuhandschaft in allen Fällen einer mittelbaren Stellvertretung abzuleiten. Oben wurde nachgewiesen, daß eine entsprechende Anwendung von § 392 Abs. 2 HGB durch Richterrecht nicht eingeführt werden kann. Damit wird seiner Argumentation der Boden entzogen.

---

1) S. 76 ff.

Assfalg geht davon aus, daß die Interessen des Auftraggebers dieselben seien, unabhängig davon, ob das Treugut dem Treunehmer unmittelbar von ihm oder von dritter Seite übertragen werde[1]. Weiterhin seien die Gläubiger des Treunehmers, wenn dieser ein mittelbarer Stellvertreter sei, nicht im geringsten schutzwürdiger als die eines Treuhänders, der das Treugut durch unmittelbare Übertragung aus dem Vermögen des Treugebers erworben habe[2]. In dem ausschließlichen Abstellen auf die Interessenlage geht Assfalg so weit, wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage selbst dem Käufer, der seine Zahlungspflicht bereits erfüllt hat, im Konkurs des Verkäufers eine Aussonderung bezüglich des gekauften Gegenstandes zuzusprechen[3]. Wenn man nur auf die Interessenlage schaut, ist dieser Schritt an sich konsequent. Der Gesetzgeber hatte sich, wie oben bereits dargelegt, gerade mit dem Hinweis auf die fehlende Aussonderungsmöglichkeit des Käufers, der bereits gezahlt hat, gegen eine Ausdehnung des § 392 Abs. 2 HGB auf das Zivilrecht ausgesprochen[4]. Läßt man nun in einem solchen Fall die Aussonderung zu, fällt dieses Argument gegen eine entsprechende Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB und damit auch gegen eine Erweiterung der Treuhandbegründungsmöglichkeit weg. Assfalg will also bei allen Verschaffungsansprüchen ein Treuhandverhältnis annehmen. Darin kann ihm nicht gefolgt werden; denn mit diesem Schritt gäbe man einen Eckpfeiler unserer Zivilrechtsordnung, nämlich das Abstraktionsprinzip, in einem seiner

---

1) S. 146 f.

2) S. 147.

3) S. 151 ff, 172.

4) Prot. Bd. II S. 360.

entscheidendsten Merkmale auf[1]. Dies scheint Assfalg genausowenig zu sehen wie die anderen Argumente, die gegen eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB sprechen. Hierzu begnügt er sich mit zwei Aussagen. Das Beispiel des Art. 401 des schweizerischen OR zeige, ganz abgesehen von der englischen Regelung, daß man auch anders denken und die Bestimmung des § 392 Abs. 2 HGB als Ausdruck eines auch für den mittelbaren Stellvertreter des bürgerlichen Rechts geltenden Gedankens ansehen könne. Dieser habe wohl nur deswegen im Gesetz keinen Niederschlag gefunden, weil das Institut der mittelbaren Stellvertretung im

---

1) Gegen diese Überlegung Assfalgs auch Kötz, S. 152 ff, mit weiteren Argumenten; schon das RG hatte die von Assfalg gezogene Konsequenz angesprochen und ausgeführt (RG v. 25.5.1921, RG Warn Rspr. 1921, S.158 Nr. 130): "Daß auch die Fortentwicklung des Rechtes dazu drängt, den Fall der stillen Stellvertretung mit dem eines Treuhandverhältnisses gleichzustellen, läßt sich nicht erkennen. Denn eine solche Gleichstellung würde nicht bloß den Begriff des Treuhandverhältnisses verdunkeln, sondern auch die Grenzen zwischen dem Begriff des dinglichen und persönlichen Rechts verwischen. Sie würde am letzten Ende dazu führen, eine Betreuung auch schon dann anzunehmen, wenn aus einem ähnlichen Grunde eine schuldige Leistung vom Schuldner nicht abverlangt wird. Das aber kann den Treuzweck nicht erfüllen, weil ihm der Anspruch auf die Leistung jedesmal entgegenstehen würde."

Die Lösung von Assfalg ginge sogar über die Regelung des neuen ZGB der DDR (abgedruckt bei Brunner) hinaus, welches sich grundsätzlich vom Abstraktionsprinzip abgewandt hat (vgl. Schröder (Kauf und Übereignung), S. 876). Das Eigentum kann durch Kauf erworben werden (§ 25 ZGB). Dabei ist zwar der Eigentumsübergang von der Kaufpreiszahlung abhängig, aber die Übergabe muß - soweit nichts anderes vereinbart ist - als zusätzliche Voraussetzung hinzukommen (§ 139 Abs. 3 ZGB).

BGB überhaupt keine Regelung erfahren habe[1]. Ein paar Seiten weiter weist er dann noch darauf hin, daß die Bestimmung des § 46 KO keineswegs so verstanden werden müsse, als ob über das dort genannte Recht auf die Gegenleistung hinaus die Aussonderung von Treugutsurrogaten nicht zulässig sei. Entsprechendes gelte für § 392 Abs. 2 HGB[2]. Daß in dieser Weise nicht einer analogen Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB das Wort geredet werden kann, folgt aus dem oben Ausgeführten.

Da somit jedenfalls in den Fällen der bloßen mittelbaren Stellvertretung ohne weitergehende Treuabrede das Unmittelbarkeitsprinzip nicht aufgegeben werden kann, ergibt sich nicht die Möglichkeit, über die Annahme eines Treuhandverhältnisses dem Geschäftsherrn im Konkurse des Mittlers denselben Schutz zu gewähren, wie ihn das anglo-amerikanische Recht mit der Direktberechtigung bietet.

5. Analyse von Einzelfällen

Es kommt also weder eine analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB noch die Annahme eines Treuhandverhältnisses in allen Fällen der

---

1) S. 171; dabei unterschlägt er, daß der Gesetzgebungskommission ein detaillierter Antrag zur Regelung der mittelbaren Stellvertretung vorlag, der allerdings nicht einmal zur Beratung gelangte (Prot. Bd. II S. 360 Fn. 1), und daß des weiteren die Ablehnung einer Übertragung der Norm des § 392 Abs. 2 HGB auch ins Zivilrecht (Prot. Bd. II S. 360 ff) eine deutliche Absage an die mittelbare Stellvertretung enthält.

2) S. 181.

mittelbaren Stellvertretung in Betracht. Deswegen scheint der Geschäftsherr auf Grund der Trennung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Mittler einerseits und dem Mittler und dem Geschäftsherrn andererseits im deutschen allgemeinen Zivilrecht im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Recht das Nachsehen vor den Gläubigern des Mittlers zu haben. Bei genauerer Betrachtung einzelner Fallkonstellationen ergibt sich jedoch ein differenzierteres Bild.

In der folgenden Darstellung werden nicht alle denkbaren Situationen, sondern nur einige typische Fälle erörtert.

a) Die Einzelzwangsvollstreckung

Im Wege der Einzelzwangsvollstreckung können Gläubiger des Mittlers grundsätzlich auf dessen Forderungen gegen den Dritten zugreifen. Aus praktischen Gründen erscheint dies allerdings in zumindest einer Situation sinnlos:

1. Fall: Der Mittler hat eine bestimmte Sache des Geschäftsherrn an einen Dritten verkauft. Es sind noch keine Leistungen ausgetauscht worden, d.h. die Ware ist noch bei dem Geschäftsherrn,und der Dritte hat noch nicht den Kaufpreis gezahlt. Ein Gläubiger des Mittlers pfändet dessen Kaufpreisforderung gegen den Dritten.

Dem Dritten steht, solange ihm nicht die Ware des Geschäftsherrn angeboten wird, die Ein-

rede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 zu. Der Mittler kann aber die Sache nur dann dem Dritten zur Verfügung stellen, wenn der Geschäftsherr sie ihm zuvor ausgehändigt hat. Dieser kann sich aber nach dem Vertragsschluß zwischen dem Mittler und dem Dritten auf ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273[1], 675, 667 berufen, wenn ihm nicht die Forderung abgetreten wird. Damit nützt dem Gläubiger des Mittlers die Forderungspfändung nichts, mit der Folge, daß er sie freigeben wird und der Kaufpreis doch dem Geschäftsherrn zufließt.

b) Konkurs des Mittelsmannes

2. Fall: Auf Grund eines Geschäftsbesorgungsvertrages hat der Mittler für den Geschäftsherrn eine Sache von einem Dritten gekauft[2]. Bevor Leistungen ausgetauscht worden sind, fällt der Mittler in Konkurs.

Hier besteht sowohl zwischen dem Mittler und dem Dritten als auch zwischen dem Mittler und dem Hintermann ein gegenseitiger Vertrag (Kaufvertrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag), der noch von keiner Seite vollständig erfüllt ist. Damit gelangt man zur Anwendung von § 17 KO. Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn, denn eine Spezialregelung für Geschäftsbesorgungsverträge findet sich in der KO nicht, insbesondere greift auch § 23 Abs. 1 oder Abs. 2

---

1) § 320 kommt nicht zum Zuge, da die Pflicht des Geschäftsherrn, die Ware zur Verfügung zu stellen, nicht im synallagmatischen Verhältnis zu der Verpflichtung des Beauftragten aus § 667 steht.

2) Es ist für die Fallösung unbeachtlich, ob es sich um eine Speziessache oder nur um der Gattung nach bestimmte Ware handelt.

KO nicht ein; diese Vorschriften lassen ein Auftrags-, Dienst- oder Werkvertragsverhältnis nur dann erlöschen, wenn es sich um den Konkurs des Auftraggebers bzw. Dienstberechtigten handelt[1]. Hier geht es aber um den Konkurs des Geschäftsbeauftragten.

Auch § 669 führt nach dem erfolgten Vertragsabschluß zwischen dem Mittler und dem Dritten nicht mehr zu einer Vorleistungspflicht des Geschäftsherrn mit der Folge, daß § 17 KO dann nicht anwendbar wäre. Jetzt kommt nur noch der Aufwendungsersatzanspruch des § 670 in Form des Befreiungsanspruchs nach § 257 in Betracht[2].

Es ist allerdings auch die Meinung vertreten worden, zwischen dem Anspruch auf Befreiung und dem auf Zahlung eines Vorschusses bestünde nach dem Vertragsschluß zwischen dem Mittler und dem Dritten eine versteckte facultas alternativa[3]. Dafür scheint zu sprechen, daß es in § 257 heißt, der Aufwendungsberechtigte "kann" nach Eingehung einer Verbindlichkeit Befreiung von derselben verlangen. Diese Formulierung ist jedoch auch dahin deutbar, daß der Berechtigte sich nunmehr entscheiden kann zwischen der Begleichung der Schuld aus eigenen Mitteln, verbunden mit der anschliessenden Geltendmachung eines Aufwendungsersatz-

---

1) Meyer, § 23 Anm. 1 b; Jaeger-Lent, § 17 Rdz. 3, § 23 Rdz. 15; Böhle-Stamschräder, § 23 Anm. 3.

2) So auch RG v. 10.12.1900, RGZ 47, 118 (125); in der Entscheidung wird allerdings auch darauf hingewiesen, daß im Einzelfall (z.B. bei einem Kommissionsgeschäft) zwischen dem Geschäftsherrn und dem Mittler etwas anderes vereinbart sein kann.

3) So Güntner, S. 107.

anspruches aus §§ 670, 675 einerseits und dem Befreiungsanspruch andererseits. Für diese Interpretation spricht zunächst der in § 669 verwendete Begriff "Vorschuß". Weiterhin ergibt auch eine Betrachtung der Motive des Gesetzgebers - worauf bereits Gursky hingewiesen hat[1] - dieselbe Antwort. Während der erste Entwurf in § 595 Abs. 3 Satz 2 dem Beauftragten, der in Vollzug des Auftrages eine Verbindlichkeit eingegangen war, zubilligte, vom Auftraggeber die Zahlung der zur Erfüllung der Verbindlichkeit erforderlichen Geldsumme zu verlangen[2], wurde diese Vorschrift bereits im zweiten Entwurf aufgegeben. Der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit sei die "normale" Lösung; für Geldschulden solle keine Ausnahme gemacht werden, da der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran haben könne, die Schuld selbst zu begleichen - etwa weil er dem Beauftragten keine größere Geldsumme anvertrauen wolle[3].

Da somit nach dem Vertragsschluß des Mittlers mit dem Dritten keine Vorleistungspflicht des Geschäftsherrn mehr besteht, wird durch eine solche die Anwendung von § 17 KO nicht verhindert.

Auch eine Kündigung enthebt den Geschäftsherrn nicht seiner Leistungsverpflichtung. Denn gleichgültig, ob man in dem Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 einen

---

1) KTS 1973, S. 43.

2) Prot. Bd. II S. 542 (= Mugdan II S. 303).

3) Prot. Bd. II S. 366 (= Mugdan II S. 951).

Dienst- oder Werkvertrag sieht, kann eine Kündigung nach §§ 626, 627 bzw. § 649 nicht die bereits entstandenen Rechte und Pflichten berühren. Eine Kündigung wirkt nur in die Zukunft, kann also dann, wenn der Mittler bereits weisungsgemäß einen Vertrag abgeschlossen hat, die dadurch entstandenen Rechtsbeziehungen nicht mehr berühren[1]. Beim Konkurse des Geschäftsbeauftragten verbleibt es deswegen in jedem Falle bei der Regelung des § 17 KO.

Damit hängt es von der Wahl des Konkursverwalters ab, ob der Geschäftsherr die Ware erhält oder nicht. Er wird dann der Nichterfüllungswahl gegenüber dem Auftraggeber den Vorzug geben, wenn die dem Dritten abgekaufte Ware mehr wert ist als der vereinbarte Kaufpreis. Der Geschäftsherr geht also bei diesem Sachverhalt möglicherweise leer aus.

3. Fall: Wenn der Geschäftsherr bei einem Kauf des Mittlers bereits den Kaufpreis an diesen im voraus entrichtet hat, wird der Konkursverwalter sich auf jeden Fall gegen-

---

1) Für das Kommissionsgeschäft so auch Ratz in RGRK z. HGB, § 383 Anm. 28. Auch die Frage, ob ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Konkurs des Geschäftsführers automatisch endet (so Müller-Erzbach (Handelsrecht), S. 174, und Schmidt-Rimpler, S. 1061 ff, für den Konkurs des Kommissionärs - unter Hinweis auf das besondere Vertrauensverhältnis - entgegen der absolut h.M., vgl. z.B. Jaeger-Lent, § 23 Rdz. 14; Baumbach-Duden, § 383 Anm. 2 F; Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Rdz. 75 m.w.Nachw.) kann sich nur stellen, bevor der Mittler auftragsgemäß mit einem Dritten kontrahiert hat.

über dem Geschäftsherrn für eine Nichterfüllung entscheiden, da er dann das gezahlte Geld für die Masse verwerten kann (dem Geschäftsherrn steht nach § 26 Satz 2 KO nur ein Schadensersatzanspruch zu).

4. Fall: Auf Grund eines Geschäftsbesorgungsvertrages hat der Beauftragte eine bestimmte Sache des Geschäftsherrn an einen Dritten verkauft. Bevor irgendwelche Leistungen ausgetauscht worden sind, fällt der Mittler in Konkurs.

Auch hier scheint es von der Wahl des Konkursverwalters abzuhängen, ob der Geschäftsherr den Kaufpreis erhält oder nicht. Entscheidet sich der Konkursverwalter für Erfüllung, so kann der Geschäftsherr den Kaufpreis verlangen. Wählt er Nichterfüllung, so steht ihm nur eine Schadensersatzforderung als Konkursforderung zu. Es ist aber zu bedenken, daß eine Nichterfüllungswahl gegenüber dem Geschäftsherrn zwingend eine Nichterfüllungswahl auch gegenüber dem Dritten nach sich zieht, denn ohne den Gegenstand des Geschäftsherrn kann der Konkursverwalter den Kaufvertrag mit dem Dritten nicht erfüllen. Dies hat zur Folge, daß der Konkursverwalter durch eine Nichterfüllungswahl gegenüber dem Geschäftsherrn der Masse in keinem Fall irgendeinen Vorteil verschaffen kann. Deswegen wird man den Konkursverwalter in dieser speziellen Situation, in der die Idee des § 17 KO nicht zum Tragen kommt, aus dem zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn geschlossenen Vertrag heraus für verpflichtet ansehen müssen, die Erfüllung zu

wählen[1]. Denn dem Konkursverwalter wird mit § 17 KO ein über die Befugnis des Gemeinschuldners hinausgehendes Wahlrecht nur eingeräumt, damit er für die Konkursmasse den größtmöglichen Vorteil erlangen kann. Ist eine solche Entscheidung aber, gleichgültig wie sie ausfällt, nicht geeignet, der Masse einen Vorteil zu verschaffen, leben sozusagen die Pflichten des Gemeinschuldners wieder auf; der Konkursverwalter hat dann seine Wahl mit Rücksicht auf die vertraglichen Verpflichtungen des Gemeinschuldners zu treffen, d.h. er muß sich für die Erfüllung entscheiden. (Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn die sich aus der Erfüllungswahl ergebende Durchführung der Verträge mit besonderem Aufwand oder Kosten für den Konkursverwalter bzw. die Masse verbunden ist.)

Der Geschäftsherr erlangt also bei einem Geschäftsbesorgungsvertrag, der den Verkauf einer bestimmten Sache von ihm durch den Mittler zum Gegenstand hat, in der Regel auch ohne eine Direktberechtigung gegenüber dem Dritten im Konkurse des Mittlers auf Grund einer restriktiven Auslegung des § 17 KO eine Befriedigung seines Anspruchs.

5. Fall (Abwandlung): Der Geschäftsherr hat dem Mittler den Gegenstand bereits zur Verfügung gestellt.

---

1) Daß das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO nicht willkürlich ausgeübt werden darf, sondern durch den Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht wird, hat der BGH in seinem Urteil vom 10.10.1962 (NJW 1962 S. 2297) betont.

Da das Gut regelmäßig noch nicht in das Eigentum des Mittlers übergegangen sein wird[1], dieser vielmehr nur nach § 185 zur Verfügung ermächtigt ist und folglich der Geschäftsherr im Falle der Nichterfüllungswahl zur Aussonderung nach § 43 KO befugt ist, ergibt sich keine Änderung zur Lösung des Grundfalles.

6. Fall: Der Mittler verkauft an einen Dritten keine bestimmte, sondern nur gattungsmäßig spezifizierte Ware des Geschäftsherrn. Es sind noch keine Leistungen ausgetauscht worden.

Hier kann der Konkursverwalter der Masse dann einen Vorteil verschaffen, wenn er sich die Ware von anderer Seite zu einem geringeren Preis besorgen kann, als er sie an den Dritten verkauft hat. Durch eine Nichterfüllungswahl gegenüber dem Geschäftsherrn und einer Erfüllungswahl gegenüber dem Dritten kann er dann für die Masse den Gewinn des Geschäftes vereinnahmen. Die Situation des Geschäftsherrn ist bei dieser Fallkonstellation also möglicherweise schlechter als im anglo-amerikanischen Recht mit seinem direkten Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten.

c) Vereinbarkeit der Ergebnisse mit der Ablehnung einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB

Die Fälle 1, 4 und 5 ergaben einen Vorrang des Geschäftsherrn vor den Gläubigern des

---

1) So für die Verkaufskommission z.B. BGH v. 9.6.1959, WM 59, 1004 (1006); Flechtheim, LZ 1909 S. 48 ff; Jaeger-Lent, § 43 Rdz. 51; Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Rdz. 56.

Mittlers. Die Lösung dieser Sachverhalte wirft die Frage auf, ob sich kein Widerspruch zu den Gründen ergibt, die eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB nicht zulassen. Diese waren, ausgehend von den Motiven[1], die Verkehrssicherheit (die Gläubiger einer Person müssen damit rechnen können, daß das Vermögen einer Person, welches sich äußerlich als ihr gehörig darstellt, auch rechtlich entsprechend behandelt wird), Beweisschwierigkeiten (weil der Beauftragte auch für mehrere Auftraggeber oder für sich selbst einkaufen kann) und sich daraus ergebende Manipulationsgefahren.

Alle diese Gründe können aber dann nicht ins Feld geführt werden, wenn es sich, wie in den Fällen 1, 4 und 5 um den Verkauf einer bestimmten Sache des Geschäftsherrn handelt. Jeder muß damit rechnen, daß mit dem Verkauf einer fremden Sache eine Kaufpreisforderung entsteht, die nicht zu dem Vermögen des Veräußernden gehört; Beweisschwierigkeiten, die dadurch auftreten, daß man nur auf den inneren Willen des Mittlers angewiesen ist, werden durch das Faktum des Eigentums des Geschäftsherrn ebenso verhindert wie nachträgliche Manipulationen an der Forderungszuständigkeit[2]. So wählen auch die Motive bezeichnenderweise als Beispiel für die diesbezüglichen

---

1) Prot. Bd. II S. 364 f.

2) Manipuliert werden kann hier nur das Eigentum der verkauften Sache; diese Gefahr wird jedoch mit der Anerkennung der Sicherungsübereignung heute gewohnheitsrechtlich in Kauf genommen.

Befürchtungen nur die Fallkonstellation des Einkaufs.

Der Vorrang des Geschäftsherrn vor den Gläubigern des Mittlers in den Verkaufsfällen 1, 4 und 5 ist somit nicht nur mit der Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB im allgemeinen Zivilrecht in Einklang zu bringen, sondern die Gründe der Ablehnung sprechen sogar dafür, dem Geschäftsherrn nur in den Einkaufsfällen das Nachsehen zu geben[1].

Es kann deswegen festgestellt werden, daß der Geschäftsherr im allgemeinen Zivilrecht in einigen wichtigen Fallkonstellationen auch ohne eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB oder die Annahme eines Treuhandverhältnisses einen Angriff der Gläubiger des Mittlers abwehren kann (Fälle 1, 4 und 5).

d) Zwei Folgerungen bezüglich § 392 Abs. 2 HGB

Die vorstehenden Fallerörterungen, welche sich nur mit der Geschäftsbesorgung nach allgemeinem Zivilrecht befassen, führen zu zwei Schlußfolgerungen hinsichtlich der Situationen, in denen § 392 Abs. 2 HGB eingreift:

1. § 392 Abs. 2 HGB bezieht sich nach allgemeiner Meinung nicht nur auf die Einkaufs-, sondern

---

1) Auch die Ausführungen in den Motiven (Prot. Bd. II S. 365), daß an sich auch der Käufer, der den Kaufpreis bereits gezahlt habe, vom Billigkeitsgesichtspunkt her schutzwürdig sei, zeigt, daß dem Gesetzgeber nur der Fall des Einkaufs durch den Mittler (meist verbunden mit einer Vorschußzahlung) vor Augen schwebte, als er eine Übertragung des § 392 Abs. 2 HGB in das allgemeine Zivilrecht ablehnte.

auch auf die Verkaufskommission[1]. Für letztere Fallkonstellation ist diese Vorschrift jedoch teilweise überflüssig. Wenn noch keine Leistungen ausgetauscht worden sind und eine bestimmte Sache des Kommittenten verkauft wurde, ist der Geschäftsherr sowohl in der Einzelzwangsvollstreckung als auch im Konkurs - wenigstens in der Regel[2] - auch ohne § 392 Abs. 2 HGB geschützt.

2. Ist im Verhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten bei einem Konkurs des Kommissionärs die Situation des § 17 KO gegeben, kann der Konkursverwalter sein Wahlrecht nur in der Form ausüben, daß er sich für eine Erfüllung entscheidet. Denn sonst könnte der von § 392 Abs. 2 HGB intendierte Schutzzweck unterlaufen werden.

B. Das Verhältnis der Gläubiger des Mittlers zu dem Dritten

Die undisclosed agency gewährt dem Dritten mit der Direktberechtigung gegenüber dem Geschäftsherrn die Möglichkeit, einen Zugriff der Gläubiger des Mittlers abzuwehren.

Dabei geht die h.M. des anglo-amerikanischen Rechtes so weit, dem Dritten sogar dann noch einen Zahlungsanspruch gegen den Geschäftsherrn zuzubilligen, wenn dieser dem Mittler das Geld für einen Einkauf bereits zur Ver-

1) Vgl. z.B. Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Rdz. 3.

2) Ausnahme: die Erfüllungswahl bringt besondere Kosten oder einen besonderen Aufwand mit sich, s.o.S. 191.

fügung gestellt hat[1]. Daß diese auch im anglo-amerikanischen Recht verhältnismäßig umstrittene Ansicht jedenfalls aus Zweckmäßigkeitsgründen abzulehnen ist, wurde bereits oben dargelegt[2]. Die sich aus der Trennung der Rechtsbeziehungen ergebende Lösung des deutschen Rechts, die den Geschäftsherrn durch eine Zahlung an den Mittler freiwerden läßt, ist vorzuziehen.

Wenn aber der Geschäftsherr seine Leistung noch nicht erbracht hat, fragt es sich, ob den Gläubigern des Mittlers oder dem Dritten der Vorzug gebührt.

Im folgenden soll gezeigt werden, daß hier das deutsche Recht trotz der grundsätzlichen Trennung der Rechtsbeziehungen in einigen Fällen genau wie die anglo-amerikanische Lösung dem Dritten Vorrang vor den Gläubigern des Mittlers einräumt.

1. Die Einzelzwangsvollstreckung gegen den Mittler

Wenn der Mittler eine Sache des Geschäftsherrn verkauft oder etwas für ihn einkauft, bieten sich ihm zwei Möglichkeiten, auf den Geschäftsherrn zurückzugreifen.

Ist nichts Besonderes vereinbart, kann der Mittler von dem Prinzipal auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Auftragsverhältnisses

1) Vgl. im einzelnen o.S. 66 ff.

2) s.o.S. 79 ff.

nach §§ 670, 675 Aufwendungsersatz, d.h. in diesem Falle Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten nach § 257, verlangen. Ein solcher Befreiungsanspruch ist aber nach allgemeiner Meinung nicht abtretbar[1] und damit nach § 851 Abs. 1 ZPO auch unpfändbar[2] (dies gilt jedenfalls für die anderen Gläubiger des Mittlers; ob dem Dritten selber eine Pfändung möglich ist, kann hier dahinstehen).

Oft werden aber Geschäftsherr und Mittler einvernehmlich davon ausgegangen sein, daß die Beteiligung des Geschäftsherrn an dem Rechtsgeschäft mit dem Dritten nicht bekannt werden sollte. In einem solchen Falle müßte man in dem Verhältnis zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn eine konkludente rechtsgeschäftliche Abbedingung des Befreiungsanspruchs unterstellen. Dem Mittler steht dann nur ein Anspruch gegen den Geschäftsherrn zu, ihm den verkauften Gegenstand oder den Kaufpreis zum Zwecke der Weiterleitung an den Dritten zur Verfügung zu stellen. Auch ein solcher Anspruch ist aber nicht abtretbar, da es dem Geschäftsherrn nicht gleichgültig sein kann, wem er die Leistung mit der Maßgabe, sie an den Dritten weiterzuleiten, zur Verfügung stellt. Somit folgt auch hier die Unpfändbarkeit aus der Unabtretbarkeit.

---

1) Vgl. z.B. das Urteil des BGH v. 22.1.1954, BGHZ 12, 136.

2) Gerhardt (Befreiungsanspruch), S. 70, 105; Gursky, KTS 1973, S. 33 m.w.Nachw.; a.A. ohne Begründung oder Anführung von Belegen: Zweigert-Kötz, S. 125.

2. Konkurs des Mittelsmannes

a) Besonderheiten, die sich aus § 392 Abs. 2 HGB ergeben

Wenn § 392 Abs. 2 HGB zur Anwendung kommt, ergibt sich eine bemerkenswerte Verbesserung der Gläubigerstellung des Dritten.

Die Norm des § 392 Abs. 2 HGB wurde zum Schutz des Kommittenten geschaffen. Deswegen beschäftigt sich die Literatur - soweit ersichtlich - ausschließlich mit den Folgen, die sich aus dieser Vorschrift für den Kommittenten ergeben. Allgemein wird festgestellt, daß § 392 Abs. 2 HGB es dem Kommittenten im Konkurs des Kommissionärs ermögliche, die Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten auszusondern[1]. Dabei wird nicht darauf eingegangen, daß dann, wenn auch der Dritte seine Leistung von dem Kommissionär noch nicht erhalten hat, zwischen diesen beiden die Situation gegeben ist, in der § 17 KO eingreift[2]. Der Konkursverwalter könnte also an sich - wenn man einmal die Norm des § 392 Abs. 2 HGB außer acht läßt - gegenüber dem Dritten zwischen Erfüllung und Nichterfüllung wählen. Bei einer Nichterfüllungswahl würde der Dritte von seiner Leistungspflicht befreit. Daraus folgte, daß § 392 Abs. 2 HGB in dieser Situation leer laufen würde, weil keine auszusondernde Forderung mehr vorhanden wäre. Eine solche

---

1) Vgl. z.B.: Ratz in RGRK z. HGB, § 383 Anm. 28; Baumbach-Duden, § 383 Anm. 2 F; Schlegelberger-Hefermehl, § 383 Rdz. 77.

2) Schlegelberger-Hefermehl § 383 Rdz. 77 legen zwar dar, daß nach ausgeführter Kommission § 17 KO nicht mehr zur Anwendung komme, haben aber dabei nur das Verhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten im Auge.

Lösung kann aber nicht richtig sein; denn die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB will dem Kommittenten gerade auch im Konkurs des Kommissionärs Schutz gewähren. Es ist nicht erkennbar, daß dieser Schutz nur dann gegeben sein soll, wenn der Dritte die ihm versprochene Leistung bereits erhalten hat, § 17 KO also nicht zur Anwendung kommen kann. Deswegen ist es also zutreffend, wenn dem Kommittenten allgemein ein Aussonderungsrecht an der Forderung gegen den Dritten zugesprochen wird. Man muß somit dann, wenn § 392 Abs. 2 HGB eingreift, den Konkursverwalter für verpflichtet ansehen, Erfüllung zu wählen (§ 392 Abs. 2 HGB verhindert also sowohl im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär[1] als auch im Verhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Dritten eine Nichterfüllungswahl durch den Konkursverwalter). Die Erfüllungswahl gegenüber dem Dritten hat zur Folge, daß dieser seinen Anspruch auf die ihm versprochene Gegenleistung behält. § 392 Abs. 2 HGB sichert also erstaunlicherweise nicht nur die Gläubigerstellung des Kommittenten, sondern - in einer Art Reflex - auch die Gläubigerstellung des Dritten[2]. Wenn § 392 Abs. 2 HGB zur Anwendung kommt, braucht der Dritte mithin einen Konkurs des Mittlers genausowenig zu fürchten, wie wenn

---

1) s. dazu o.S. 195.

2) Hartmann (S. 68 f) und Capelle (Außenverhältnis, S. 326f) beschäftigen sich zwar ausdrücklich mit dem Schutz des Dritten im Kommissionsgeschäft; sie versperren sich aber die oben niedergelegte Erkenntnis dadurch, daß sie nur die Situation im Auge haben, in der § 392 Abs. 2 HGB nicht eingreift, weil die Leistung des Dritten bereits zu dem Kommissionär (so Capelle a.a.O.) oder sogar bereits zu dem Kommittenten (so Hartmann a.a.O.) gelangt ist.

ihm ein direkter Anspruch gegen den Geschäftsherrn nach anglo-amerikanischem Muster zustünde.

b) Fälle, in denen § 392 Abs. 2 HGB nicht zur Anwendung kommt

aa) Kauf des Mittlers

1. Fall: Der Mittelsmann hat auf Grund eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Geschäftsherrn eine Sache von einem Dritten gekauft. Es sind noch keine Leistungen ausgetauscht worden.

Die Rechte des Dritten scheinen von der Wahl des Konkursverwalters abzuhängen. Bei Erfüllung wird sein Kaufpreisanspruch befriedigt, bei Nichterfüllung geht er leer aus. Es fragt sich aber, ob in dieser Fallkonstellation eine Nichterfüllungswahl des Konkursverwalters gegenüber dem Dritten überhaupt zulässig ist.

Betrachtet man die Folgen, die sich je nach der Wahl für die Masse ergeben, so bietet sich folgendes Bild:

Entscheidet sich der Konkursverwalter für Erfüllung, so erfährt die Masse dann einen Vermögenszuwachs, wenn die Ware mehr wert ist als der Kaufpreis und wenn der Konkursverwalter sich im Verhältnis zu dem Geschäftsherrn für eine Nichterfüllung entscheidet. Auf diese Weise kann er die Ware zur Konkursmasse ziehen.

Wählt der Konkursverwalter gegenüber dem Dritten Nichterfüllung, bekommt dieser kein Geld und die Konkursmasse keine Ware. Der Konkursverwalter dürfte demnach einer Erfüllung nur dann zuneigen, wenn die Ware wertvoller ist als

der Kaufpreis, weil im umgekehrten Falle (die Ware ist weniger wert) die Masse eine objektive Vermögensminderung erlitte. Dabei bliebe aber unberücksichtigt, daß der Konkursverwalter, wenn es sich bei dem Kaufvertrag mit dem Dritten um ein schlechtes Geschäft handelt (die Ware ist ihr Geld nicht wert), durch eine Erfüllungswahl gegenüber dem Geschäftsherrn die wirtschaftlichen Folgen des Kaufes auf diesen abwälzen kann mit der Folge, daß die Masse zwar keinen Vorteil hätte, aber auch keine Vermögenseinbuße erlitte. Man wird deswegen in einer solchen Fallkonstellation, in der die Masse keinen Vorteil aus der Art der Wahl nach § 17 KO ziehen kann, diese Vorschrift einengend auszulegen haben und dem Konkursverwalter nur eine Erfüllungswahl gestatten[1].

Der Dritte erhält also den Kaufpreis. Auch in dieser Fallkonstellation zeigt sich damit nur insoweit ein Unterschied zu der Direktberechtigung des anglo-amerikanischen Rechts, als nicht der Geschäftsherr, sondern der Mittler bzw. dessen Konkursverwalter die Leistung erbringt; vom Ergebnis her - seine Forderung wird befriedigt - ist die Position des Dritten dieselbe.

2. Fall: Kauf des Mittlers für den Geschäftsherrn, der bereits den Kaufpreis an den Mittler gezahlt hat; ansonsten sind im Zeitpunkt des Konkurses noch keine Leistungen ausgetauscht worden.

Da der Konkursverwalter das von dem Geschäftsherrn gezahlte Geld durch eine Nichterfüllungswahl gegenüber dem Geschäftsgegner jedenfalls

---

1) Vgl. dazu o.S. 190 f.

für die Masse behalten kann, hängt die Entscheidung gegenüber dem Geschäftsgegner in dieser Situation allein davon ab, ob die Ware oder der vereinbarte Kaufpreis dem Konkursverwalter wertvoller erscheint. Der Dritte geht bei einer solchen Fallkonstellation also möglicherweise leer aus.

3. Fall: Kauf des Mittlers von einem Dritten; die Ware ist schon an den Mittler geliefert worden; ansonsten sind noch keine Leistungen ausgetauscht worden.

Ein Wahlrecht nach § 17 KO besteht nur im Verhältnis zu dem Geschäftsherrn. Jedenfalls dann, wenn die Ware mehr wert ist als der vereinbarte Kaufpreis, wird der Konkursverwalter die Sache über eine Nichterfüllungswahl zur Masse ziehen mit der Folge, daß dem Geschäftsgegner nur ein Schadensersatzanspruch gegen die Konkursmasse verbleibt.

4. Fall: Kauf des Mittlers von einem Dritten; die Ware ist bereits zu dem Geschäftsherrn gelangt.

Hier besteht weder gegenüber dem Geschäftsgegner noch gegenüber dem Geschäftsherrn ein Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO. Der Dritte besitzt demnach nur einen Schadensersatzanspruch gegen die Masse, es sei denn, aus dem Verhältnis des Mittlers zu dem Geschäftsherrn ergibt sich etwas anderes.

Da der Mittler nach einer Zahlung an den Geschäftsgegner von dem Geschäftsherrn nach § 675, 670 Aufwendungsersatz verlangen

könnte, steht ihm vor einer Zahlung an den Dritten gegen den Geschäftsherrn ein Befreiungsanspruch nach § 257 zu. Damit stellt sich die Frage, wie ein solcher Befreiungsanspruch im Konkurse des Befreiungsberechtigten zu behandeln ist. Bleibt die Befreiungsverpflichtung bestehen, so erhält der Dritte die ihm versprochene Gegenleistung in derselben Weise, als ob er nach anglo-amerikanischem Muster unmittelbar den Geschäftsherrn belangen könnte. Wandelt sich der Befreiungsanspruch im Konkurse in einen Anspruch auf Zahlung an die Masse um, so steht dem Geschäftsgegner nur ein Schadensersatzanspruch zu.

Die h.M. nimmt letzteres an[1]. Dies wird in erster Linie damit begründet, daß es nicht einzusehen sei, wieso der Dritte im Gegensatz zu den anderen Gläubigern des Mittlers eine

---

1) RG v. 8.6.1903, RGZ 55, 86 (91 ff); RG v. 2.7.1909, RGZ 71, 363 f; RG v. 2.2.1933, RGZ 139, 315 (321); BGH v. 24.6.1965, WM 1965, 1054 (1056 r.Sp.); BGH v. 22.9.1971, BGHZ 57, 78 (81); Jaeger-Lent, § 1 Rdz. 32, § 23 Rdz. 14; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 1 Rdz. 38; BGB-RGRK Nastelski, § 257 Anm. 2 (in der 12. Aufl. fehlt eine entsprechende Aussage an dieser Stelle); BGB-RGRK Ballhaus, § 399 Rdz. 45; Palandt-Heinrichs, § 257 Anm. 3;
a.A.: v. Tuhr, S. 125 ff; Schmidt-Rimpler, S. 1062 Fn. 51 a; Capelle (Außenverhältnis), S. 326 f; Kaysers, S. 140; Haase, S. 44 ff; Gursky, KTS 1973 S. 27 ff; Hartmann (S. 70 ff, 182) will dem Dritten de lege ferenda ein Vorrecht an dem Freistellungsanspruch des Mittlers gegen den Geschäftsherrn geben; weitere Literaturnachweise, sowohl für die herrschende als auch für die Mindermeinung, bei Gursky, a.a.O., S. 29 Fn. 11; Ames geht in seinem Aufsatz, in dem er die undisclosed agency insgesamt angreift (18 Yale L.J. (1909) S. 443 ff; vgl. dazu im einzelnen o.S. 128 ff), davon aus, daß den anderen Gläubigern des Mittlers auf Grund des besonderen Charakters des Befreiungsanspruchs jeder Zugriff auf diesen verwehrt ist, mit der Folge, daß der Geschäftsgegner immer in den Genuß der Leistung des Geschäftsherrn kommt.

volle Befriedigung seines Anspruches erlangen solle[1].

Die von Gerhardt zur Stützung der h.M. vorgetragenen weiteren Argumente[2] sind von Gursky überzeugend widerlegt worden[3]. So hat Gerhardt versucht, die Umwandlung des Befreiungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch als notwendige Folge von § 8 Abs. 1 KO hinzustellen[4]. Der Geschäftsherr könne zwar nach Konkurseröffnung noch die Forderung des Dritten gegen den Mittelsmann tilgen, werde aber dadurch wegen § 8 Abs. 1 KO nicht gegenüber der Masse befreit[5]. Zweifel bestehen hier aber schon, ob ein Befreiungsanspruch überhaupt als eine "zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit" im Sinne des § 8 Abs. 1 KO bezeichnet werden kann[6]. Denn es handelt sich zwar um eine Verbindlichkeit gegenüber der Konkursmasse, aber diese ist eben nicht zur Konkursmasse zu erfüllen, sondern durch Leistung an den Geschäftsgegner. Doch selbst wenn man diese Überlegung ablehnt und den Befreiungsanspruch als eine "zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit" ansieht, so ist jedenfalls durch die Leistung an den Dritten der in § 8 Abs. 1 KO angeführte Aus-

---

1) RG v. 8.6.1903, RGZ 55, 86 (93 f); RG v. 2.2.1933, RGZ 139, 315 (321); Jaeger-Lent, § 1 Rdz. 32.

2) (Befreiungsanspruch), S. 102 ff.

3) KTS 1973 S. 34 ff.

4) S. 106 ff.

5) § 8 Abs. 1 KO: "Eine Leistung, welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist."

6) Dies wird von v. Tuhr, S. 125, verneint.

nahmetatbestand erfüllt, nämlich, daß "das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist". Denn das, was als Leistung im Sinne dieser Ausnahme anzusehen ist, kann nur nach dem Schuldverhältnis, welches zwischen dem Geschäftsherrn und dem Mittler besteht, bestimmt werden; und danach besteht die Leistung des Geschäftsherrn in der Befreiung des Mittlers von der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten. Diese erlangt der Mittler aber auch durch eine Zahlung des Geschäftsherrn an den Dritten nach Konkurseröffnung[1].

Weiterhin hat Gerhardt darauf hingewiesen, daß eine Änderung der Hauptschuld des Mittlers gegenüber dem Geschäftsgegner auch eine Anpassung der Befreiungsverpflichtung des Geschäftsherrn bewirken müsse[2]. Wenn der Dritte seinen Anspruch gegen den Mittler nach der Konkurseröffnung nur noch als Masseanspruch geltend machen könne, folge daraus auch eine entsprechende Änderung der Befreiungsverpflichtung.

Doch auch dieses Argument geht im Grunde genommen vom gewünschten Ergebnis aus. Denn es ist ja gerade die Frage, ob der Befreiungsanspruch in dieser Form abhängig ist. Gursky weist zu Recht darauf hin, daß der Anspruch des Geschäftsgegners gegen den Mittler derselbe bleibt; nur die Durchsetzung wird infolge des Konkurses beschränkt[3]. Dies

---

1) Ähnlich Gursky, a.a.O., S. 35.

2) S. 110 f.

3) Gursky, a.a.O., S. 37.

zeigt sich z.B. auch daran, daß eine Aufrechnung zulässig bleibt, und zwar in voller Höhe und nicht nur in Höhe der Konkursquote.

Gegen eine Umwandlung des Befreiungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch führt Gursky des weiteren noch folgende Argumente an: dem Geschäftsherrn stehe es grundsätzlich frei, auf welche Weise er eine Befriedigung des Dritten herbeiführe; das Normale sei zwar die Zahlung der Schuld nach § 267; aber er könne sich grundsätzlich auch mit dem Dritten in irgendeiner Weise einigen, z.B. in der Form einer vertraglichen Aufrechnungsabrede. Diese Möglichkeit werde dem Geschäftsherrn genommen, wenn sich der Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch umwandele[1].

Weiterhin sei es ein grundlegendes Prinzip des geltenden Konkursrechts, daß der Konkursverwalter in sämtliche vermögensrechtlichen Positionen des Gemeinschuldners in eben der Beschaffenheit einrücke, wie dieser sie im Augenblick der Konkurseröffnung innehabe[2]. Dieser Grundsatz werde durchbrochen, wenn die Umwandlungsthese zuträfe. Der Konkurseröffnungsbeschluß würde dann nämlich eine Verbesserung der Aktiva-Passivarelation des Gemeinschuldnervermögens herbeiführen, indem er einen bloßen Abzugsposten auf der Passivseite in ein echtes Aktivum umwandeln würde.

Im übrigen sei die Umwandlung des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch nicht mit § 1 Abs. 1 KO zu vereinbaren. Nach dieser Vorschrift

---

1) Gursky, a.a.O., S. 31 f.

2) BGHZ 24, 15 (18), und andere Literaturnachweise bei Gursky, a.a.O., S. 32 Fn. 19.

umfasse das Konkursverfahren das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Der Befreiungsanspruch unterliege wegen seiner Unabtretbarkeit nach § 851 Abs. 1, 2 ZPO aber gerade nicht der Zwangsvollstreckung, weshalb er damit nach § 1 Abs. 1 KO auch nicht vom Konkursbeschlag erfaßt werde[1].

Obwohl Gursky somit der Meinung ist, daß sich der Befreiungsanspruch nicht in einen Zahlungsanspruch verwandelt, gelangt er jedoch durch eine weitere Überlegung im Anschluß an v. Tuhr[2] dazu, daß der Dritte in der Praxis regelmäßig nicht von dem Geschäftsherrn eine Befriedigung seiner Forderung erfährt. Der Konkursverwalter könne mit dem Geschäftsherrn einen Vergleich schließen, auf Grund dessen der Befreiungsschuldner, statt die Konkursmasse von der Forderung des Drittgläubigers zu entlasten, den Betrag der Forderung des Drittgläubigers oder auch eine geringere Summe an die Masse zahle. Ein mit Opfer erkauftes Engagement wäre für den Konkursverwalter meistens doch noch vorteilhafter als die Ausübung des Befreiungsanspruchs[3]. Der Geschäftsgegner müsse eine solche Abrede gegen sich gelten lassen, da seine sich aus dem Befreiungsanspruch ergebende bevorzugte Stellung nur eine Reflexwirkung dieses Anspruchs sei und ihm deshalb durch die Parteien dieses Anspruchs (Mittler und Geschäftsherr) auch jederzeit wieder

---

1) Gursky, a.a.O., S. 33 f.

2) S. 129.

3) Gursky, a.a.O., S. 41, im Anschluß an v. Tuhr, S. 129.

entzogen werden könne[1].

Es liegt auf der Hand, daß damit die vorstehenden Überlegungen der Verneinung einer Umwandlung des Befreiungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch praktisch völlig entwertet werden.

Bei der Lösung des Problems, wie der Befreiungsanspruch im Konkurse des Befreiungsgläubigers zu behandeln ist, muß man sich zunächst einmal darüber im klaren sein, daß der Gesetzgeber diese Konstellation offensichtlich übersehen hat[2]. Damit verlieren alle Überlegungen, die eine Antwort auf die Konfliktsituation aus der einen oder anderen Vorschrift der KO ableiten wollen, fast jeglichen Aussagewert. (Dies gilt auch für das an sich überzeugendste Argument aus § 1 Abs. 1 KO, welches gegen die Umwandlung spricht.) Deswegen verbleibt nur die Möglichkeit, die Lösung aus einer Wertung der allgemeinen Interessenlage abzuleiten.

Bei Betrachtung der drei verschiedenen Personen bzw. Personengruppen (Dritter, Geschäftsherr, Gläubiger des Mittlers) wird eines sofort klar: eine Konstruktion, die in irgendeiner Form zu einer Minderung der Verpflichtung des Geschäftsherrn führt, wäre wertungsmäßig unverständlich. Denn damit würde sich die Situation des Schuldners auf Grund des Konkurses seines Gläubigers verbessern - eine merkwürdige Vorstellung. Da die Meinung von Gursky letztlich aber genau zu diesem Ergebnis führt, spricht auch diese Überlegung gegen

---

1) Gursky, a.a.O.

2) so auch Gursky, a.a.O., S. 30 f.

seinen Lösungsweg. Die Frage kann daher nur sein, ob - bei voller Leistungsverpflichtung des Geschäftsherrn - dem Geschäftsgegner oder den anderen Gläubigern des Mittlers der Vorzug gegeben werden soll. Die Antwort hierauf lautet, daß die Gesamtheit der Gläubiger schutzwürdiger ist.

Der Konkurs ist ein Unglück für alle Gläubiger. Das Konkursrecht ist in seiner ganzen Konzeption darauf ausgerichtet, diese Bürde auf alle Konkursgläubiger gleichmäßig zu verteilen. Eine Bevorzugung des Dritten würde zu einer Benachteiligung der anderen Gläubiger des Mittlers führen. Da der Dritte aber nicht in eine Gruppe der vom Gesetz bevorzugten Gläubiger fällt, ist es in der Tat im Sinne des Hauptargumentes der h.M. nicht einzusehen, wieso der Dritte für seine Forderung gegen den Mittler mehr als die allgemeine Konkursquote erhalten soll. Es ist zwar richtig, daß sich auf diese Weise eine andere Lösung als bei der Einzelzwangsvollstreckung ergibt, in der - wie oben dargelegt[1] - den Gläubigern des Mittlers ein Zugriff auf den Anspruch des Mittlers gegen den Geschäftsherrn verwehrt ist. Dieser Unterschied kann aber damit gerechtfertigt werden, daß bei der Einzelzwangsvollstreckung die anderen Gläubiger i.d.R. keinen Nachteil erleiden, weil sie noch auf andere Vermögenswerte ihres Schuldners, des Mittlers, zugreifen können[2]; demgegenüber führt im Konkurse des Mittlers eine Bevorrechtigung des Dritten zwangsläu-

---

1) s.o.S. 196 f.

2) So weist Gerhardt (Befreiungsanspruch, S. 105) zu Recht darauf hin, daß das Gesetz bei der Einzelzwangsvollstreckung - im Gegensatz zum Konkurs - von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ausgeht.

fig zu einer entsprechenden Minderung der Konkursquote und damit zu einer Benachteiligung der anderen Gläubiger. Die Vermeidung einer Bevorzugung des Dritten kann aber nur dadurch erreicht werden, daß sich der Befreiungsanspruch des Mittlers in dessen Konkurse in einen gegenüber der Masse zu erfüllenden Leistungsanspruch umwandelt. Wegen dieser Behandlung des Befreiungsanspruchs bleibt dem Dritten im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Rechtslage nur ein Schadensersatzanspruch gegen die Konkursmasse.

bb) Verkauf des Mittlers

Wenn der Mittelsmann eine Sache des Geschäftsherrn an den Dritten verkauft hat und noch keine Leistungen ausgetauscht sind, kann der Konkursverwalter der Masse durch eine Erfüllungswahl gegenüber dem Geschäftsherrn in Form des Selbsteintritts und eine Nichterfüllungswahl gegenüber dem Dritten dann einen Vorteil verschaffen, falls die Ware mehr wert ist als die an den Auftraggeber zu zahlende Gegenleistung.

Liegen im Verhältnis zu dem Geschäftsherrn die Voraussetzungen des § 17 KO nicht mehr vor, weil die Zahlung des Dritten bereits zu dem Geschäftsherrn gelangt ist, verbleibt dem Dritten nur ein Schadensersatzanspruch gegen die Masse; denn der Befreiungsanspruch des Mittlers gegen den Geschäftsherrn verwandelt sich im Konkurse des Mittlers - wie oben dargelegt - in einen Leistungsanspruch der Masse.

II. Leistungsstörungen

A. Leistungsstörungen durch den Dritten

1. Der Normalfall

Bei Handlungen des Dritten, die den von dem Mittler für den Geschäftsherrn erstrebten Vertragszweck behindern oder vereiteln, gelangt das anglo-amerikanische Recht wegen der durch das Prinzip der undisclosed agency bewirkten unmittelbaren vertraglichen Beziehung zwischen dem Geschäftsgegner und dem Geschäftsherrn ohne weiteres zu einem vertraglichen Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsgegner[1].

Die vom deutschen Recht vorgenommene Trennung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Mittler einerseits und dem Mittler und dem Geschäftsherrn andererseits führt hier zu Schwierigkeiten; weil nur der Mittler als Vertragspartner des Dritten angesehen wird, kann auch nur ihm ein vertraglicher Schadensersatzanspruch zuerkannt werden. Da der Mittler aber nicht für eigene, sondern für Rechnung des Geschäftsherrn handelte, fehlt es in seiner Person an einem Schaden. Demgegenüber hat der Geschäftsherr zwar einen Schaden aber keine vertragliche Beziehung zu dem Geschäftsgegner, weshalb ihm auch kein vertraglicher Anspruch zugebilligt werden kann. Diese Situation ist eine Folge der Trennung der Rechtsbeziehungen ohne Rücksicht auf den wirtschaftlichen Hintergrund.

---

1) Vgl. z.B. die beiläufigen Bemerkungen in Note: 10 Col. L.R. (1910) 763.

Die Unhaltbarkeit eines solchen Ergebnisses wurde bereits früh erkannt. Wieso soll ein vertragswidriges Verhalten des Dritten nur deswegen für ihn keine Schadensersatzverpflichtung nach sich ziehen, weil sein Gegenüber zufällig nicht im eigenen, sondern im fremden wirtschaftlichen Interesse handelte? Rechtsprechung und Literatur haben zur Abhilfe dieses Mißstandes das heute allgemein gewohnheitsrechtlich anerkannte Institut der Drittschadensliquidation geschaffen[1], welches im Grunde genommen die Trennung der Rechtsbeziehungen überspielt und insofern einen Einbruch in das Prinzip der Nichtanerkennung der mittelbaren Stellvertretung darstellt: dem Mittler wird gestattet, den Schaden des Geschäftsherrn geltend zu machen[2].

---

1) Vgl. z.B. BGH v. 10.7.1963, BGHZ 40, 91 (100); BGH v. 26.11.1968, NJW 69, 269 (271); Staudinger-Werner, Vor § 249 Rdz. 88 ff; Enneccerus-Lehmann, § 17 I 2, S. 83 f; Larenz (Schuldrecht I), § 27 IV b, S. 371 ff; jeweils mit weiteren Nachweisen. Selbst diejenigen, die dem Institut der Drittschadensliquidation insgesamt skeptisch gegenüberstehen, wollen es in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung anerkennen (so Staudinger-Werner, Vor § 249 Rdz. 99; Hagen, S. 252, 285).

2) Bereits die oben schon erwähnte nicht zur Beratung gelangte Vorschrift zur mittelbaren Stellvertretung sah in ihrem letzten Absatz folgende Regelung vor (Prot. Bd. II S. 361 Fn.): "Ist für einen im Wege der mittelbaren Stellvertretung erworbenen Gegenstand dem Erwerber Schadensersatz zu leisten, so gilt, soweit der Gegenstand im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Erwerber als dem Ersteren gehörig gilt, der Schaden des Geschäftsherrn als Schaden des Erwerbers."
In einer früheren Lesung waren zu dieser Problematik als § 221 a zwei Anträge gestellt worden (Prot. Bd. I S. 298):

(Fortsetzung dieser Fußnote s. nächste Seite)

2. Die Situation des Konkurses

Ein Unterschied zum anglo-amerikanischen Recht besteht nur noch insoweit, als die h.M. des deutschen Rechts den Drittschadensersatzanspruch nicht dem Geschäftsherrn, sondern dem Mittler zubilligt. Dieser ist zwar zur Abtretung des Anspruches an den Geschäftsherrn verpflichtet, in der Konfliktsituation eines Konkurses des Mittlers macht sich dieser Unterschied aber bemerkbar; der Schadensersatzanspruch fällt in die Konkursmasse des Mittlers, und dem Geschäftsherrn bleibt nur ein Schadensersatzanspruch gegen die Masse. Anders sieht es allerdings wiederum im Handelsrecht aus; auf Grund des § 392 Abs. 2 (bzw. der §§ 392 Abs. 2, 406) HGB kann hier der Geschäftsherr den Schadensersatzanspruch des Kommissionärs gegen den Dritten aussondern.

(Fortsetzung der Fußnote der vorhergehenden Seite)

1. Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden.
2. Hat Jemand im eigenen Namen für Rechnung eines Anderen einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen, so ist im Falle der Nichterfüllung von dem Dritten der Schaden zu ersetzen, welchen derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde.

Die Mehrheit der Kommission hatte diese Anträge aber abgelehnt. "Es könne angenommen werden, daß auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung die Rechtsprechung wie bisher zu dem richtigen Ergebnis gelangen werde, und es empfehle sich nicht, in einer so zweifelhaften, noch nicht zu festem Abschlusse gelangten Frage der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen." (a.a.O. S. 299).

Damit taucht wieder die Frage auf, ob diesbezüglich nicht auch der Geschäftsherr nach bürgerlichem Recht geschützt werden kann. Dagegen sprechen genau dieselben Argumente, die bereits oben gegen eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB angeführt wurden[1]. Das Angewiesensein allein auf den inneren Willen des Mittlers - ob er im eigenen oder im fremden Interesse handeln wollte -, führt hier zu genau denselben Beweisschwierigkeiten und damit auch Manipulationsgefahren, denen der Gesetzgeber gerade vorbeugen wollte. Dies gilt jedenfalls in den Fällen des Einkaufs und des Verkaufs von nur gattungsmäßig bestimmten Waren. Handelt es sich aber um den Verkauf einer bestimmten Sache des Geschäftsherrn durch den Mittler an einen Dritten, bestehen diese Gefahren nicht. Bezüglich des vertraglichen Grundanspruchs ergab sich in dieser Situation ein Schutz des Geschäftsherrn bereits aus einer restriktiven Auslegung des § 17 KO. Man sollte deswegen in diesen Verkaufsfällen auch bei schuldhaften Leistungsstörungen des Dritten dem Geschäftsherrn einen entsprechenden Schutz gewähren und hier eine analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB zulassen. Auf diese Weise wird bezüglich des praktischen Ergebnisses eine Anpassung zwischen dem Grundanspruch und eventuellen Schadensersatzansprüchen wegen Leistungsstörungen erreicht.

---

1) Vgl. o.S. 160 ff.

Eine Betrachtung der Fallösungen bei schuldhaften Leistungsstörungen durch den Dritten ergibt damit zusammengefaßt folgendes:
Über die Figur der Drittschadensliquidation wird der Geschäftsgegner im deutschen Recht - an sich im Widerspruch zu dem Grundsatz der Trennung der Rechtsbeziehungen - genauso zur Verantwortung gezogen wie im anglo-amerikanischen Recht. Ein Unterschied ergibt sich im Konkurs, weil der Geschäftsherr hier grundsätzlich nur auf einen Schadensersatzanspruch gegen die Masse angewiesen ist. Da jedoch in den Fällen des Verkaufs einer bestimmten Sache des Geschäftsherrn die Gründe, welche gegen eine Ausdehnung des § 392 Abs. 2 HGB sprechen, nicht vorgebracht werden können, sollte in diesen Fällen über eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB dem Geschäftsherrn auch im Konkurs des Mittelsmannes ein dem anglo-amerikanischen Recht vergleichbarer Schutz gewährt werden.

B. Leistungsstörungen durch den Geschäftsherrn

Bei dem Verkauf einer bestimmten Sache des Geschäftsherrn durch den Mittler an einen Dritten ist die am einfachsten vorstellbare Leistungsstörung die, daß der Geschäftsherr sich weigert, die Sache herauszugeben.

Sähe man in dieser Situation im Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Mittler nur ein

schuldloses subjektives Leistungsunvermögen des Mittlers mit der Folge, daß dieser und damit auch der Geschäftsherr von der Leistungspflicht befreit würde, so müßte dieses Ergebnis wohl als grob unbillig bezeichnet werden. Der Mittler ist aber nicht zur Leistung außerstande, da er gegen den Geschäftsherrn einen entsprechenden Befreiungsanspruch hat, den er notfalls im Klagewege durchsetzen muß. Der Geschäftsherr kann sich also auf diese Weise nicht seiner Leistungsverpflichtung entziehen. Wie aber ist die Situation, wenn es um eine andere Leistungsstörung des Geschäftsherrn geht, dieser z.B. die verkaufte Sache vor Lieferung schuldhaft beschädigt hat?

Hier scheint der Dritte keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch geltend machen zu können. Gegenüber dem Geschäftsherrn besteht keine vertragliche Beziehung und im Verhältnis zu dem Mittler liegt zwar ein Vertrag vor, aber es fehlt an einem Verschulden des Mittlers. Eine Lösung des Problems kann auch nicht darin gefunden werden, daß man das zwischen dem Geschäftsherrn und dem Mittler abgeschlossene Rechtsgeschäft als einen Vertrag zu Gunsten des Dritten ansieht. Denn der Wille des Geschäftsherrn steht einer solchen Deutung oft im Wege. Sein Interesse geht häufig dahin, im Hintergrund zu bleiben und nicht von einem Dritten belangt zu werden, sondern nur dem Mittler verantwortlich zu sein. Deswegen kann der Hinweis auf einen Vertrag zu Gunsten Dritter die Problematik nicht allgemein entschärfen[1].

---

1) In dem Jawlensky-Urteil vom 15.1.1975, BGHZ 63, 369, 375 f (vgl. dazu Schröder (Irrtumsanfechtung
(Fortsetzung dieser Fußnote s. nächste Seite)

Bereits im Jahre 1905 hat Müller-Erzbach auf die insgesamt unbefriedigende Situation hingewiesen und aus ihr ein Argument für seine

---

(Fortsetzung der Fußnote der vorhergehenden Seite)

und Sachmängelhaftung)) deutet der BGH bezüglich einer ähnlichen aber letztlich doch nicht vergleichbaren Situation die Möglichkeit der Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter an. Er wirft die Frage auf, ob das Recht des schuldlosen Auktionators, die gegen ihn gerichteten Gewährleistungsansprüche durch allgemeine Geschäftsbedingungen ausschließen zu können, eingeschränkt werden müsse. Es frage sich, ob ein solcher Gewährleistungsausschluß nur dann möglich sei, wenn der Auktionator gleichzeitig an den Käufer die Ansprüche abtrete, die ihm aus einer schuldhaften Verletzung des Kaufvertrages durch den Kommittenten gegen diesen zustünden oder wenn er dem Käufer vermittels eines als Vertrag zu Gunsten Dritter ausgestalteten Kommissionsvertrages unmittelbare Ansprüche gegen den Kommittenten verschaffe.

Diese Überlegungen können für die hier diskutierte Problematik nicht fruchtbar gemacht werden. Der BGH geht nämlich von der Grundsituation aus, daß dem Käufer an sich ein Gewährleistungsanspruch gegen den Auktionator zustehen würde, welcher nur auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen Auktionator und Käufer ausgeschlossen ist. Das Gericht wirft also nur die Frage auf, ob eine solche Abänderung der gesetzlichen Regelung nur dann zulässig ist, wenn andererseits dem Käufer ein Ersatz für diesen Verlust geboten wird; d.h. auch der BGH erwägt nicht die grundsätzliche Annahme der Abtretung eines Anspruchs des Auktionators gegen den Kommittenten an den Käufer bzw. die Vereinbarung eines Vertrages zu Gunsten des Käufers; es wird nur überlegt, ob beim Fehlen einer Abtretung oder einer entsprechenden Vertragsgestaltung der Gewährleistungsausschluß zwischen dem Auktionator und dem Dritten nicht wirksam sein soll. Diese Erwägungen sind somit schon deswegen nicht einschlägig, weil bei der hier diskutierten Situation in dem Verhältnis zwischen dem Mittler und dem Dritten keine rechtsgeschäftliche Abänderung der gesetzlichen Regelung vereinbart wurde.

These, daß ein Bedürfnis bestehe, die mittelbare Stellvertretung anzuerkennen[1], abgeleitet. Dennoch hat sich die Rechtsprechung gar nicht und die Literatur nur vereinzelt mit dieser Problematik beschäftigt[2]. Es scheint fast so, als ob man sich mit der aus der Trennung der Rechtsbeziehungen ergebenden Verneinung eines Schadensersatzanspruches abfindet. Dies wäre erstaunlich, da es sich bei dieser Konstellation genau um das Spiegelbild der Drittschadensliquidation handelt. Dieses Institut setzt sich bei einem Schaden des Geschäftsherrn zu dessen Gunsten über die Trennung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Mittler einerseits und dem Mittler und dem Geschäftsherrn andererseits hinweg; deswegen ist wertungsmäßig nicht einzusehen, warum im umgekehrten Falle bei einem vertragswidrigen Verhalten des Geschäftsherrn diesen wegen der formalen Trennung der vertraglichen Beziehungen keine Regreßverpflichtung treffen und der Dritte leer ausgehen soll.

Schmidt-Rimpler will diese Situation dadurch lösen, daß er das Freiwerden des Mittlers von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten als Schaden des Mittlers ansieht und ihm deswegen einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn zubilligt, den der Mittler nach § 281 an den Geschäftsgegner abtreten müsse.

---

1) (mittelbare Stellvertretung), S. 13 ff.

2) Schmidt-Rimpler, S. 907 f; Hartmann, S. 66 f; Ritter, § 383 Anm. 10 b.

Eine solche Ausdehnung des Schadensbegriffes sprengt den Rahmen einer möglichen Wortauslegung. Denn diese Auffassung hieße, dem Begriff "Schaden" einen seinem angestammten Sinn entgegengesetzten Inhalt zu unterschieben. Der Wegfall einer Verbindlichkeit ist kein Schaden, sondern im Gegenteil ein Vorteil[1]. Deswegen kann dem Vorschlag von Schmidt-Rimpler nicht gefolgt werden.

Es stellt sich aber die Frage, ob nicht der Geschäftsherr in dem Vertragsverhältnis zwischen dem Mittler und dem Dritten als Erfüllungsgehilfe des Mittlers angesehen werden kann. Müller-Erzbach verneint dies mit zwei Argumenten. Zum einen würde die Annahme einer Erfüllungsgehilfeneigenschaft die Verhältnisse geradezu auf den Kopf stellen. Denn in Wahrheit bediene sich der Interessent (Geschäftsherr) des Vermittlers, dieser diene den Interessen des ersteren und nicht umgekehrt[2]. Des weiteren führt er im Anschluß an das Beispiel eines Verkaufs durch den Ge-

---

1) Gegen Schmidt-Rimpler auch Hartmann, S. 67,und Ritter, § 383 Anm. 10 b, die beide dem Dritten einen Anspruch versagen wollen.

2) Müller-Erzbach (mittelbare Stellvertretung), S. 13; ohne Begründung wird eine Erfüllungsgehilfeneigenschaft verneint von Hartmann (S. 67); weil der Geschäftsherr nicht als Erfüllungsgehilfe angesehen werden könne, gelangt er dann zu dem Schluß, daß der Geschäftsherr trotz seines "Verschuldens" frei werde. Widersprüchlich Ritter (§ 383 Anm. 10 b); zunächst heißt es: "Wenn den Kommittenten vorvertragliches Verschulden trifft (er z.B. fahrlässig den Kommissionär und dieser auch den Dritten über abschlußerhebliche Umstände nicht unterrichtet hat), kann der Dritte sich auf § 278 berufen." Einige Zeilen danach: "Hat der Kommittent die Nichterfüllung zu vertreten, so kann doch der Dritte sich hierauf dem Kommissionär gegenüber nicht berufen."

schäftsherrn, nachdem der Mittler den Gegenstand bereits weisungsgemäß verkauft hatte, aus:

> "Von einer Anwendung des § 278 kann offenbar keine Rede sein. Denn ... der Vermittler kann hier nicht als Erfüllungsgehilfe angesehen werden, sondern nur als einer, dessen sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erst bedienen w o l l t e[1]"[2].

Das erste Argument erweist sich, wie unschwer erkennbar ist, als unhaltbar. Es ist zwar richtig, daß sich, wirtschaftlich gesehen, der Geschäftsherr des Mittlers bedient; dies gilt jedoch nur für das Verhältnis zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn. Die Beurteilung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft hat aber nicht von einer Gesamtschau der rechtlichen Beziehungen, sondern von dem konkreten Rechtsverhältnis, bezüglich dessen eine Erfüllungsgehilfeneigenschaft in Frage steht, auszugehen; hier also von der Beziehung zwischen dem Mittler und dem Dritten. In diesem Rechtsverhältnis erscheint die Frage der Erfüllungsgehilfeneigenschaft in einem anderen Lichte. Der Mittler hat die Mitwirkung des Geschäftsherrn als feste Voraussetzung eingeplant, gerade weil er nicht selbst die wirtschaftlichen Folgen des Geschäftes tragen will. Daß sich der Geschäftsherr des Mittlers "bedient", hindert also nicht, den Geschäftsherrn umgekehrt bezüglich

---

1) Sperrung im Original.

2) a.a.O., S. 14.

des Verhältnisses zwischen dem Dritten und dem Mittler als Erfüllungsgehilfen des Mittlers anzusehen.

Auch Müller-Erzbach sah hier keine grundsätzliche Unvereinbarkeit; dies zeigt sein zweites Argument, in dem er betont, daß sich der Mittler erst - in Zukunft - des Geschäftsherrn bedienen wollte; er geht also offenbar davon aus, daß dann, wenn der Geschäftsherr bei der konkreten Erfüllungshandlung des Mittlers gegenüber dem Dritten in irgendeiner Form mitwirkt, indem er z.B. bei einem Verkauf die Ware direkt an den Dritten liefert, der Geschäftsherr als Erfüllungsgehilfe zu qualifizieren ist. Damit kann aber das erste Argument nicht mehr aufrechterhalten werden, denn der gesamte wirtschaftliche Hintergrund ist immer derselbe, auch jetzt kann man noch sagen, daß an sich der Geschäftsherr sich des Mittlers bediene und nicht umgekehrt.

Das zweite Argument Müller-Erzbachs zielt darauf, daß der Geschäftsherr nur dann Erfüllungsgehilfe des Mittlers sein kann, wenn er dem Mittler bei der Übereignung an den Dritten in irgendeiner Form konkrete Hilfe leistet, z.B. durch eine Direktlieferung an den Dritten[1].

Dabei wird jedoch die Struktur des § 278 verkannt und in unzulässiger Weise eingeengt.

---

1) Dies wird für das Verhältnis Lieferant - Zwischenhändler auch vom BGH in seinem Urteil v. 16.6.1971 (WM 71, 1121 ff) erwogen; ebenfalls so schon das Urteil des RG v. 21.9.1923 (RGZ 108, 221, 223).

Die Norm will eine Verantwortlichkeit des Schuldners gegenüber seinem Gläubiger in den Fällen schaffen, in denen ein Tun oder auch ein Unterlassen einer eingeschalteten Hilfsperson zu einem Schaden des Gläubigers führt, wenn dasselbe Tun oder Unterlassen, falls es vom Schuldner selbst vorgenommen oder nicht vorgenommen worden wäre, diesen schadensersatzpflichtig gemacht hätte. Es handelt sich also um zwei Momente, die wesentlich sind: Die Hilfsperson muß vom Schuldner eingeschaltet worden sein[1] und die Handlung dieses potentiellen Erfüllungsgehilfen müßte - als Handlung des Schuldners gedacht - diesen schadensersatzpflichtig machen.

Die erste Voraussetzung ist z.B. bei dem Verkauf einer fremden Sache immer gegeben, es sei denn, der Mittelsmann ist auf keinerlei Mitwirkung des Eigentümers (Geschäftsherrn) mehr angewiesen, da ihm die Ware überlassen und eine Verfügungsermächtigung erteilt worden ist[2]. In allen anderen Fällen muß sich der Mittler noch im Sinne des § 278 Abs. 1 des Geschäftsherrn bedienen, insbesondere dann, wenn die Ware sich auch noch im Besitz

---

1) Dabei ist unerheblich, ob die Hilfsperson mit der Entfaltung ihrer Tätigkeit eine eigene Verbindlichkeit erfüllt (Urteil des BGH v. 24.4.1954, BGHZ 13, 111 ff).

2) U.a. deswegen scheidet z.B. in den Zwischenhändlerfällen, auch wenn zwischen Zulieferer und Verkäufer ein verlängerter Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, eine Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Zulieferers regelmäßig aus.

des Geschäftsherrn befindet. Diese Situation ist dem Fall vergleichbar, daß ein Verkäufer nach erfolgtem Verkauf die verkaufte Ware einem Dritten zur Aufbewahrung anvertraut; bei dieser Konstellation wird die Erfüllungsgehilfeneigenschaft anerkannt[1]. Zusätzlich muß es sich um ein Verhalten handeln, das als schuldhaft zu bezeichnen wäre, wenn der Schuldner es gezeigt hätte. Diese Voraussetzung ist z.B. erfüllt bei nicht rechtzeitiger Lieferung, bei schuldhafter Beschädigung oder Zerstörung der Ware und auch in dem von Müller-Erzbach angeführten Beispielsfall des Verkaufs durch den Geschäftsherrn nach bereits erfolgtem anderweitigen weisungssgemäßen Verkauf durch den Mittler. Hätte der Mittler ein zweites Mal verkauft, würde ihm dies als schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten angerechnet; also ist er auch für ein entsprechendes Verhalten des Geschäftsherrn nach § 278 Abs. 1 verantwortlich.

Hier zeigt sich auch deutlich ein Unterschied zu der Problematik der sogenannten Produzentenhaftung, in der eine Anwendung des § 278 abgelehnt wird[2]. In diesen Fällen geht es um eine Verletzung der Sorgfaltspflichten bei der Herstellung; eine solche Herstellungspflicht trifft den Verkäufer (Mittler) aber gerade nicht; deswegen kommt auch eine Zu-

---

1) Staudinger-Werner, § 278 Rdz. 28 f.

2) BGH v. 21.6.1967, BGHZ 48, 118 (120f).

rechnung eines entsprechenden Fremdverschuldens nicht in Betracht[1].

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der Dritte in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung über § 278 Abs. 1 sehr wohl die Möglichkeit hat, den Mittler zur Verantwortung zu ziehen. Dies hat zur Folge, daß diesem seinerseits aus dem Geschäftsbesorungsverhältnis ein entsprechender Befreiungsanspruch gemäß § 257 gegen den Geschäftsherrn zukommt; denn der Schadensersatzanspruch des Dritten gegen den Mittler ist eine notwendige Folge der Durchführung der Geschäftsbesorgung durch den Mittler und insoweit als Aufwendung im Sinne des § 670 anzusehen.

---

1) Die Rechtsprechung des BGH zur Produzentenhaftung und zu den Zwischenhändlerfällen würde aber mißverstanden, wenn man hier pauschal grundsätzlich die Möglichkeit einer Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Zulieferers verneinen würde. Es kommt immer entscheidend auf die konkrete Pflicht an, die möglicherweise verletzt worden ist. So lehnt der BGH in seinem Urteil v. 16.6.1971 (WM 71 S. 1121, 1122 f) in einem Fall, in dem es um die Lieferung hefeverseuchten Zuckers ging, der zu einer Hefeinfektion des gesamten Betriebes des Käufers geführt hatte, einen Anspruch gegen den Zwischenhändler ab, weil diesen keine Untersuchungspflicht treffe; dabei heißt es wörtlich: " Wenn in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht vertreten wird, der Lieferant des Verkäufers sei dort dessen Erfüllungsgehilfe, wo er auf Anweisung des Verkäufers die Ware direkt an den Käufer liefere (....), so könnte ein solcher Grundsatz allenfalls insoweit gelten, als der Lieferant Tätigkeiten übernimmt, die allenfalls vom Verkäufer auszuführen waren. Das trifft aber auf die Untersuchung der Ware nicht zu, weil, wie ausgeführt wurde, dies nicht zu den Verpflichtungen des Zwischenhändlers gehört." Damit hat der BGH aber offengelassen, wie beispielsweise im Falle einer verzögerten Lieferung oder eines Doppelverkaufs durch den Hersteller entschieden würde, denn die damit verletzten Pflichten sind auch solche des Zwischenhändlers.

Ein Unterschied zur Direktberechtigung des anglo-amerikanischen Rechtes verbleibt damit wiederum nur in den Fällen eines Konkurses des Mittlers. Denn es ist - wie oben dargelegt - der h.M. zuzustimmen, die annimmt, daß sich im Konkurse des Erstattungsberechtigten (Mittler) der Befreiungsanspruch in einen solchen auf Zahlung an die Masse umwandelt[1].

III. § 123

A. Der Hintermann als Täuschender

Wenn der Hintermann den Dritten arglistig täuscht - entweder selber oder sozusagen in mittelbarer Täterschaft durch die Person des Mittlers -, ergibt sich das Problem, ob der Dritte diesen Vertrag auch dann anfechten kann, wenn der Mittler gutgläubig ist. Da letzterem keine Arglist vorgeworfen werden kann, scheint eine Anfechtung nach § 123 Abs. 2 nur dann möglich zu sein, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte. Da beides nicht der Fall sein soll, sieht es so aus, als ob dem Dritten eine Anfechtung nach § 123 Abs. 2 verwehrt ist. Eine solche streng am Wortlaut der Norm haftende Auslegung wurde jedoch von Literatur und Rechtsprechung schon frühzeitig, unabhängig von der Konstellation der mittelbaren Stellvertretung, als zu eng angesehen. Indem nach nunmehr absolut h.M. nicht jede andere Person außer dem Vertragspartner als "Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 bezeichnet wird, gelangt man zu einer erweiterten Anfechtungsmöglichkeit für den Ver-

1) s.o.S. 203 ff.

tragspartner. Der BGH legt dar, daß es letztlich immer darauf ankomme, ob die Beziehungen des Täuschenden zum Erklärungsempfänger so eng seien, daß der Erklärungsempfänger die Täuschung wie eine eigene zu vertreten habe und den Getäuschten deshalb nicht am Vertrag festhalten dürfe[1]. Eine solche enge Beziehung ist bei der mittelbaren Stellvertretung im Verhältnis zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn grundsätzlich anzunehmen[2].

Die allgemein anerkannte einschränkende Auslegung des Begriffes "Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2 bedeutet somit ebenfalls die Zulassung eines Stückes mittelbarer Stellvertretung im deutschen Recht.

B. Der Dritte als Täuschender

Es ist vorstellbar, daß der Dritte den Geschäftsherrn durch eine arglistige Täuschung veranlaßt, sich des Mittlers als mittelbaren Stellvertreters zu bedienen. Dann stellt sich die Frage, ob dies zu einer Anfechtbarkeit des zwischen dem Dritten und dem Mittler geschlossenen Vertrages führt.

Wenn nicht nur der Geschäftsherr, sondern auch der Mittler getäuscht wurde, ist die Rechtslage einfach; hier kann der Mittler selbstverständlich anfechten. Problematisch wird es dagegen,

---

1) Urteil vom 26.9.1962, NJW 1962, 2195; vgl. auch BGH v. 6.7.1978, NJW 1978, 2144.

2) Ebenso: Schmidt-Rimpler, S. 613; Hartmann, S. 63 f; Ritter, § 383 Anm. 10 b.

wenn der Dritte ausschließlich den Hintermann getäuscht hat[1]. Soweit man bei den nur spärlich vorhandenen Stellungnahmen von einer h.M. sprechen kann, sieht sie keinen anderen Ausweg, als jegliche Anfechtungsmöglichkeit des zwischen dem Dritten und dem Mittler abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zu verneinen[2].

Der Hinweis auf § 826 kann die Situation nicht insgesamt befriedigend lösen[3], weil dessen Voraussetzungen nicht immer gegeben sein müssen (außerdem könnte man mit diesem Argument der Vorschrift des § 123 jegliche Existenzberechtigung bestreiten).

---

1) Neubecker (GrünhZ Bd. 36 (1909) S. 50) bejaht in diesen Fällen auch immer gleichzeitig eine arglistige Täuschung des Mittlers: "Täuscht der A" (Dritter) "den B" (Geschäftsherr), "damit dieser dem C" (Mittler) "die falsche Erzählung beibringe und so den C zum Vertragsschluß mit A bestimme, so hat der A den C getäuscht und C ein Anfechtungsrecht." Dabei übersieht er aber, daß der Mittler sich möglicherweise gar keine Vorstellungen darüber gemacht hat, warum der Geschäftsherr ihn zu einem Vertragsschluß mit dem Dritten veranlaßte; dann kann aber auch von einer Täuschung des Mittlers durch den Dritten keine Rede sein (gegen Neubecker auch Schmidt-Rimpler, S. 618 Fn. 44).

2) ROHG v. 8.5.1877, ROHG 22, 248 ff; RG v. 31.1.1891, RGZ 27, 125; RG v. 8.1.1919, Recht 1919 Nr. 640; Klein, S. 76 f; Ratz in RGRK z. HGB § 383 Anm. 21. Ein Grund für die fehlenden Äußerungen zu dieser Problematik dürfte hier - wie auch in anderen Situationen der mittelbaren Stellvertretung - der Umstand sein, daß die sich aus der grundsätzlichen Trennung der Rechtsbeziehungen ergebende Lösung als so zwingend angesehen wird, daß sie eine Diskussion verhindert.

3) So schon Müller-Erzbach (mittelbare Stellvertretung), S. 19; gegen ihn zu Unrecht Neubecker, GrünhZ Bd. 36 (1909) S. 48.

Schmidt-Rimpler[1] und ihm folgend Capelle[2] wollen § 123 Abs. 2 ergänzen; Schmidt-Rimpler formuliert etwas unklar, daß der Geschäftsherr den Auftrag insoweit anfechten könne, "als er die Überführungsfähigkeit des Ausführungsgeschäfts ergibt"; der Mittler soll sich dann darauf berufen können, "daß die Rechtsfolge auch nicht für ihn eingetreten sei - ... ".

Gegenüber diesem ohne jeden Anknüpfungspunkt arbeitenden Konstruktionsvorschlag erscheint die Überlegung Hartmanns[3] vorzugswürdig. Er schlägt in Anlehnung an die mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannte Figur der Drittschadensliquidation folgendes vor: ebenso wie der Mittler auf Grund eines Schadens des Geschäftsherrn einen eigenen Schadensersatzanspruch geltend machen könne, solle ihm auch die Möglichkeit eingeräumt werden, wegen eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums des Geschäftsherrn nach § 123 anzufechten[4]. Gegen diese Angleichung an die Drittschadensliquidation und an das angloamerikanische Recht läßt sich nicht einwenden, daß dies zu einer zu weiten Ausuferung des Anfechtungsrechtes führen würde. Denn nicht jede arglistige Täuschung des Dritten gegenüber dem Geschäftsherrn, der ein von dem Geschäftsherrn veranlaßter Vertragsschluß zwischen dem Mittler und dem Dritten nachfolgt, führt zu einer Anfech-

---

1) S. 618.

2) (Außenverhältnis), S. 337.

3) S. 65.

4) Ähnlich schon Ritter (§ 383 Anm. 10 a bezüglich des Kommissionsverhältnisses), der annimmt, daß der Mittler deswegen anfechten könne, weil mit der Täuschung des Geschäftsherrn regelmäßig eine solche auch des Mittlers verbunden sei, "denn der Dritte wird ihm arglistig verschwiegen haben, daß er den Kommittenten arglistig zum Abschluß des Kommissionsvertrages bestimmt hat."

tungsmöglichkeit des Mittlers; Voraussetzung ist vielmehr, daß der Dritte die Täuschung gegenüber dem Geschäftsherrn in der Absicht vorgenommen hat, den dann tatsächlich von dem Mittler mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag herbeizuführen.

IV. Irrtumsanfechtung

A. Irrtum des Geschäftsherrn

Wenn nun der Geschäftsherr, nicht aber der Mittler sich geirrt hat, führt die Trennung der Rechtsbeziehungen zu dem Ergebnis, daß der Geschäftsherr das zwischen dem Mittler und dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht anfechten kann. Müller-Erzbach hält diese Lösung für unbillig, weil sie den Geschäftsherrn von dem Anfechtungsrecht ausschließe, das sonst jedem Schuldner zustünde[1]. Dem Geschäftsherrn stehe es zwar frei, seinen Vertrag mit dem Mittler anzufechten; dies verändere seine tatsächliche Situation aber nicht, da er dann nach § 122 das leisten müsse, was er sonst auf Grund der Auftragsvorschriften hätte bewirken müssen. Deswegen sei auch in diesem Fall die Annahme einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung, die zu einem Anfechtungsrecht des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten führe, vorzugswürdig. Den Einwand, daß dem Dritten nicht der Irrtum einer Person, von deren Vertragsbeteiligung er nichts wußte, entgegengehalten werden könne, läßt er nicht gelten; auf die Vorhersehbarkeit der An-

1) (mittelbare Stellvertretung), S. 20.

fechtung komme es nicht an, und dem Anfechtungsgegner stehe ja auch ein Schadensersatzanspruch nach § 122 zu.

Diesem Argument hat schon Neubecker[1] mit Recht entgegengehalten, daß bei einer solchen Betrachtungsweise das Anfechtungsrecht bis ins Uferlose gegeben werden könnte, "also auch beim Irrtum im Motiv und dann überhaupt dem Erklärenden nach Belieben". Auch die starke Befristung des Anfechtungsrechts - § 122: "unverzüglich" - sei sonst nicht zu erklären[2].Dieses Erfordernis wäre in der Tat überflüssig, wenn die Interessen des Vertragsgegners gar nicht beachtet würden. Die Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit auf den Vertragspartner beinhaltet für den Vertragsgegner auch noch einen anderen Vorteil. Oftmals wird er nämlich einen Irrtum seines Gegenübers verhindern können. Denn ein Irrtum deutet sich oft bei den Vertragsverhandlungen an und kann dann noch vor Vertragsschluß von dem Vertragspartner korrigiert werden. Auch diese Möglichkeit würde dem Dritten genommen, wenn man dem Hintermann gestatten würde, wegen seines Irrtums den zwischen dem Dritten und dem Mittler abgeschlossenen Vertrag anzufechten. Gedanken dieser Art mögen es gewesen sein, die den Gesetzgeber bewogen haben, auch bei der offenen Stellvertretung grundsätzlich nur den Irrtum des Vertreters und nicht den des Vertretenen als beachtlich anzusehen (§ 166)[3]. So führt

---

1) GrünhZ Bd. 36 (1909) S. 47.

2) a.a.O.

3) Es ist deswegen unverständlich, wie Krückmann (JhJ Bd. 56 (1910) S. 325) dem Geschäftsherrn mit einer entsprechenden Anwendung des § 166 helfen will.

auch ein Vergleich mit der offenen Stellvertretung zu dem Ergebnis, daß kein Grund ersichtlich ist, warum der Irrtum des Geschäftsherrn bei einer verdeckten Stellvertretung anders als der Irrtum des Vertretenen bei der offenen Stellvertretung eine Anfechtungsmöglichkeit eröffnen soll.

Wegen der berechtigten Interessen des Dritten erscheint es somit vorzugswürdig, dem Geschäftsherrn eine Anfechtung zu versagen[1]. Das Ergebnis stimmt mit der Ansicht von Lord Russell bezüglich der undisclosed agency überein[2].

B. Irrtum des Dritten

Es stellt sich die Frage, ob die Trennung der Rechtsbeziehungen insoweit zu einem Nachteil führt, als der Dritte seinen Vertrag mit dem Mittler nicht wegen eines Irrtums, der sich auf den Geschäftsherrn bezieht, anfechten kann.

Bei einem Verkauf des Dritten kommt hier nur der Irrtum über die Person des Erwerbers in Betracht: der Dritte meint, der Mittler erwerbe für sich selber, während dieser tatsächlich für seinen Geschäftsherrn handelt. In dieser Situa-

---

1) Gegen ein Anfechtungsrecht des Geschäftsherrn auch: ROHG v. 8.5.1877, ROHG 22, 249 ff; RG v. 31.1.1891, RGZ 27, 125, 127; RG v. 8.1.1919, Recht 1919 Nr. 640; Neubecker a.a.O.; Ritter, § 383 Anm. 10 b; Düringer-Hachenburg, § 383 Anm. 6, § 392 Anm. 2; Hartmann, S. 65 f; Capelle (Außenverhältnis), S. 336; auch Schmidt-Rimpler (S. 616) will dem Geschäftsherrn ein Anfechtungsrecht nur bezüglich des Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrages zubilligen. Andererseits will er aber den Mittler gegenüber dem Dritten nur nach § 179 Abs. 2 analog auf das negative Interesse haften lassen. Auch diese Lösung ist jedenfalls wegen dem Interesse des Dritten abzulehnen.

2) In: Collins v. Associated Greyhound Racecourses, Ltd. (1930) 1 Ch. 37, C.A.; s.o.S. 89.

tion bedeutet die Versagung eines Anfechtungsrechtes aber keinen Nachteil für den Dritten. Denn der Mittler könnte dann, wenn er sowohl im eigenen Namen als auch im eigenen Interesse aufgetreten wäre, das Eigentum sofort an den Geschäftsherrn weiterübertragen. Eine Abrede zwischen dem Mittler und dem Dritten, die dies verhindern sollte, wäre nach § 137 unwirksam. Der amerikanischen Entscheidung Cole v. Hunter Tract Improvement Co.[1] kann entnommen werden, daß auch bei der undisclosed agency ein solches Anfechtungsrecht des Dritten nicht in Betracht kommt. In diesem Falle hatte ein weißer Mittler für einen schwarzen Geschäftsherrn Land gekauft. Der Dritte verweigerte die Übereignung mit der Begründung, an einen Schwarzen hätte er sein Land nicht verkauft. Ein Irrtum des Dritten wird von dem Geschäftsherrn gar nicht erst diskutiert. Der Klage wurde vielmehr mit der Begründung stattgegeben, weder der Mittler noch der Geschäftsherr hätten gewußt, daß der Dritte nicht an einen Schwarzen verkaufen wolle.

Bei einem Kauf des Dritten bedeutet es ebenfalls keinen Nachteil, daß er nicht in unmittelbarer vertraglicher Beziehung zu dem Geschäftsherrn steht. Denn die Person des bisherigen Eigentümers bildet nach allgemeiner Meinung keinen Anfechtungsgrund[2]; dies zeigt sich auch an der Möglichkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten mit Zustimmung des Berechtigten nach § 185 Abs. 1.

---

1) (1910) 61 Wash. 365, 112 Pac. 368.

2) Vgl. z.B. BGH v. 14.12.1960, BGHZ 34, 32 (41).

V. Die sog. Verpflichtungsermächtigung

Eine § 185 vergleichbare Ermächtigung auch zur Schaffung einer obligatorischen Verpflichtung eines Ermächtigenden gibt es im deutschen Zivilrecht nicht[1]. Dennoch existiert eine Mindermeinung, die eine solche Verpflichtungsermächtigung für zulässig hält[2]. Eine im eigenen Namen[3] einen Vertrag schließende Person soll durch diesen Vertragsschluß eine hinter ihr stehende Person verpflichten können, die sie zu dem Vertragsschluß ermächtigt hat. Wenn dieser Ansicht zu folgen wäre, fände sozusagen der halbe Teil des anglo-amerikanischen Instituts der undisclosed agency auch im deutschen Recht Anwendung: obwohl der Mittler im eigenen Namen auftritt, könnte durch seinen Vertragsschluß eine unmittelbare Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten bzw. eine un-

---

1) Eine Ausnahme bildet § 1357 Abs. 1.

2) Ludewig, S. 72 ff; Bettermann, JZ 1951, S. 321 ff; Dölle, S. 277 ff; Thiele, S. 207 ff; ders. in MünchKomm,§ 185 Rdz. 51; Soergel-Siebert-Leptien, § 185 Rdz. 40; a.A. (h.M.): Steffen in RGRK z. BGB,§ 185 Rdz. 17; Erman-Westermann, § 185 Rdz. 6; Palandt-Heinrichs, § 185 Anm. 1 a; Flume, § 57 1 d, S. 905 ff; Beuthien-Hadding, Vor § 164 II 2 a, § 185 II 2; Peters, AcP 171 (1971) S. 234 m.w.Nachw.

3) Wenn der Mittler zu erkennen gibt, daß er eine andere Person verpflichten will, liegt eine sog. offene Verpflichtungsermächtigung im Gegensatz zur verdeckten Verpflichtungsermächtigung vor. Bei dieser offenen Verpflichtungsermächtigung wird teilweise angenommen, daß es sich dabei in Wirklichkeit um eine unmittelbare Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 BGB handelt (so z.B. Köhler, S. 20 ff; Larenz (Schuldrecht I), § 17 IV S. 189 Fn. 4) oder daß die §§ 164 ff wenigstens entsprechend anzuwenden sind (Peters, AcP 171 (1971), S. 248). Hier soll nur von der verdeckten Verpflichtungsermächtigung die Rede sein.

mittelbare Berechtigung des Dritten im Verhältnis zu dem Geschäftsherrn entstehen. Es ist deswegen auch nicht verwunderlich, daß Dölle das Institut der undisclosed agency zur Unterstützung der Zulässigkeit der sogenannten Verpflichtungsermächtigung ins Feld führt[1].

A. Die Rechtsprechungsfälle

Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts sind drei Urteile zur Verpflichtungsermächtigung zu erwähnen[2].

In der ersten Entscheidung[3] ist dargelegt, daß der Grundstückseigentümer, der einen Dritten ermächtigt hatte, im eigenen Namen einen Mietvertrag abzuschließen, diesen gegen sich gelten lassen müsse[4]. Dies ergebe sich aus §§ 182, 183, 184.

Unabhängig von dem Ergebnis der Entscheidung ist jedenfalls die Begründung mit §§ 182, 183, 184 unhaltbar (zu § 185 heißt es nur: "Zu vergleichen ist die unmittelbare Wirkung des § 185 ... "[5]). Der Irrtum des RG liegt darin,

---

1) S. 277.

2) Urteil v. 25.9.1912, RGZ 80, 395 ff; Urteil v. 13.10.1923, JW 1924, 809 Nr. 17; Urteil v. 27.3.1929, RGZ 124, 28 ff.

3) Urteil v. 25.9.1912, RGZ 80,395 ff.

4) Eine Frau, die vertretungsberechtigte Teilhaberin einer OHG war, hatte mit Zustimmung der OHG ein Grundstück vermietet. Nach Veräußerung des Grundstücks verklagte der Erwerber den Mieter auf Räumung.

5) a.a.O., S. 400.

daß es einen schuldrechtlichen Vertrag über eine fremde Sache für unwirksam ansieht und damit zu einer Anwendung von § 182 gelangt. Jedenfalls auf der Grundlage dieser Vorschrift kann deswegen das Ergebnis nicht begründet werden.

Im zweiten Fall[1] hatte der beklagte Ehemann (Mittler) dem Kläger (Dritter) in einem notariellen Kaufvertrag ein Grundstück verkauft, von dem er fälschlicherweise annahm, daß es ihm gehöre. Tatsächlich stand es im Eigentum seiner ebenfalls beklagten Ehefrau (Hintermann). Letztere hatte später geäußert, sie genehmige sämtliche Erklärungen ihres Ehemannes. Der Kläger verlangte nun von der beklagten Ehefrau die Übergabe des Grundstücks.

Das RG wies die Klage ab. Mangels einer Verfügung durch den Ehemann könne § 185 keine Anwendung finden. Inwieweit die frühere Entscheidung eine abweichende Auffassung über diese Vorschrift enthalte, könne dahinstehen; die dort entwickelten Rechtsgrundsätze seien jedenfalls nur für den Abschluß eines Mietvertrages über ein fremdes Grundstück ausgesprochen und der besonderen Lage des dort entschiedenen Falles angepaßt. Wenn die beklagte Ehefrau alle Erklärungen ihres Mannes als ihre eigenen angesehen wissen wolle, sei ein neuer Vertrag zwischen ihr und dem Kläger erforderlich, wozu aber die Mitwirkung des letzteren notwendig sei.

Wollte man den vorstehenden Sachverhalt anders

---

1) Urteil v. 13.10.1923, RG JW 1924, 809.

entscheiden und einen Anspruch des Geschäftsherrn bejahen, ginge man selbst über die Rechtsauffassung des anglo-amerikanischen Rechts hinaus. Denn eine nachträgliche Genehmigung wird beim Institut der undisclosed agency als nicht zulässig angesehen[1]. Das deutsche Recht bietet des weiteren eine gesetzliche Möglichkeit, wie in ein Schuldverhältnis nachträglich ein anderer Schuldner eingeführt werden kann: die Schuldübernahme nach §§ 414 ff. Eine solche hat das RG auch erwogen, letztlich aber als von den Parteien nicht gewollt abgelehnt[2]. Die Zulassung einer nachträglichen Verpflichtungsermächtigung bringe die Gefahr mit sich, daß die speziellen Bestimmungen der Schuldübernahme unterlaufen würden und sei somit schon aus diesem Grunde abzulehnen.

Im dritten Reichsgerichtsurteil[3] ging es um folgendes: der Kläger (Geschäftsherr) übergab dem Mittler einen Grundschuldbrief, damit dieser im eigenen Namen mit dem Brief für den Kläger Geld besorge. Der Beklagte (Dritter) gewährte nach Erhalt des Grundschuldbriefes einen Kredit, den der Mittler aber nur teilweise an den Kläger weiterleitete. Der Kläger zahlte an den Beklagten nur das Geld zurück, welches er selbst erhalten hatte und forderte die Herausgabe des

---

1) s.o.S. 114 ff.

2) Die Kritik von Schultz an dieser Entscheidung (JW 1924, 809) greift diesen Punkt - wie es scheint zu Recht - an: die "Genehmigung" der Ehefrau habe bei richtiger Auslegung der Parteiintention durchaus als Eintritt der Ehefrau in den ganzen Vertrag, also als Abtretung, verbunden mit einer Schuldübernahme, verstanden werden können.

3) Urteil v. 27.3.1929, RGZ 124, 28 ff; vgl. zu dieser Entscheidung auch die ausführlichen Erörterungen bei Diederichsen, S. 140 ff.

Briefes. Der Beklagte wollte diesem Verlangen nur gegen Rückzahlung der ganzen Darlehenssumme nachkommen.

Der Beklagte konnte sich nicht auf ein Pfandrecht am Grundschuldbrief berufen, denn ein solches war wegen Formmangels (§§ 1274,1192, 1154) nicht entstanden. Die Vorinstanz hatte der Klage stattgegeben. Das RG hob dieses Urteil auf und wies auf folgende Möglichkeit hin: die Vereinbarung zwischen dem Mittler und dem Beklagten könne nach § 140 umgedeutet werden in die Vereinbarung eines vertraglichen Zurückbehaltungsrechtes, dem der Kläger zugestimmt habe. Daraus folge, daß der Beklagte sich auf § 986 Abs. 1 Satz 1 berufen könne. Ein solches Zurückbehaltungsrecht müsse sich dann auch der Kläger entgegenhalten lassen,

> "denn in solchem Falle hat F" (Mittler) "gemäß § 185 auch in diesem Umfang der Beklagten den Besitz am Grundschuldbrief mit Rechtswirksamkeit gegenüber dem Kläger eingeräumt (RGZ Bd. 80 S. 395), und war selbst dem Kläger gegenüber zum mittelbaren Besitz berechtigt"[1].

Hiermit ist zum erstenmal § 185 als Grundlage der Verpflichtungsermächtigung eingeführt. Denn die Berufung auf RGZ 80, 395[2] geht insoweit fehl, als dort § 185 nur am Rande erwähnt wurde und die Entscheidung sich vielmehr auf §§ 182 ff stützte[3].

Vom BGH sind zwei Urteile bekannt, in denen er sich zur Problematik der Verpflichtungsermäch-

---

1) a.a.O., S. 32.

2) Urteil v. 25.9.1912.

3) s.o.S. 234 f.

tigung geäußert hat[1].

In der ersten Entscheidung[2] nimmt der BGH in einem Fall, der eine Grundstücksveräußerung zum Gegenstand hatte, allgemein zu dem Problem der Verpflichtungsermächtigung Stellung, obwohl es gar nicht darauf ankam; denn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war die Mittelsperson jedenfalls noch Grundstückseigentümer gewesen. Für eine Anwendung der sich nur auf Verfügungen beziehenden Vorschrift des § 185 auf Verpflichtungen bestehe kein "allgemeines praktisches Bedürfnis". Aus der Entscheidung RGZ 80, 395[3] sei nicht zu entnehmen, daß derjenige, der die Ermächtigung zur Abgabe einer obligatorischen Verpflichtung erteilt habe, nun selbst aus der Erklärung verpflichtet werde. Das RG habe in dieser Entscheidung nur ausgesprochen, daß der Grundstückseigentümer, der einen Dritten ermächtigt hatte, eigenen Namens Mietverträge über das Grundstück abzuschließen, den Mietvertrag gegen sich gelten lassen müsse; dabei sei aber ausdrücklich betont worden, daß der Grundstückseigentümer aus einem solchen Mietvertrag nicht selbst verpflichtet werde. In der Entscheidung RG JW 1924, 809[4] sei zudem klargestellt worden, daß es nicht ausreiche, wenn der Eigentümer den Verpflichtungserklä-

---

1) Urteil v. 22.5.1957, BGH LM § 185 Nr. 6; Urteil v. 21.12.1960, BGHZ 34, 122 ff.

2) Urteil v. 22.5.1957, BGH LM § 185 Nr. 6.

3) Vgl. o.S. 234 f.

4) Vgl. o.S. 235 f.

rungen des Mittlers zustimme[1]. Letztlich brauche die Frage im vorliegenden Fall jedoch nicht abschließend entschieden zu werden, da der Mittelsmann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch Eigentümer gewesen sei.

In der bekannten Werkunternehmer-Pfandrecht-entscheidung[2] - in der es darum ging, ob dann, wenn der Besitzer einen PKW des Eigentümers mit dessen Einwilligung in Reparatur gibt, an dem Wagen ein Pfandrecht gemäß § 647 entsteht - weist der BGH dann nochmals darauf hin, daß die Verpflichtungsermächtigung dem deutschen Recht "im wesentlichen fremd" sei[3]. Nur im Rahmen des § 185 sei die Ermächtigung zu Verfügungsgeschäften anerkannt. Die Entstehung eines Unternehmerpfandrechtes scheitere aber jedenfalls auch an dem fehlenden Willen des Eigentümers, sich entsprechend zu verpflichten.

B. Literatur

Die Literaturstimmen, welche eine Verpflichtungsermächtigung allgemein für zulässig halten, kommen nicht zu einer alleinigen Haftung des Hintermannes, sondern betrachten diesen, wie im anglo-amerikanischen Recht, nur als z u s ä t z l i c h e n Schuldner des Dritten[4].

---

1) Dabei wird auf die Tatsache, daß es sich bei dem Sachverhalt der zitierten Entscheidung um eine nachträgliche Zustimmung handelte, nicht näher eingegangen.

2) Urteil v. 21.12.1960, BGHZ 34, 122 ff.

3) a.a.O., S. 125.

4) Bettermann, JZ 1951, S. 323; Dölle, S. 277; Thiele, S. 211; Soergel-Siebert-Leptien, § 185 Rdz. 40.

(Dabei geht allerdings keiner so weit wie die abzulehnende h.M. des anglo-amerikanischen Rechts, die dem Dritten selbst dann einen Anspruch gegen den Hintermann einräumt, wenn dieser bereits an den Mittler geleistet hat.) Eine ausschließliche Verpflichtung des Hintermannes würde die berechtigten Interessen des Dritten verletzen, dem nicht ohne seinen Willen ein neuer Schuldner aufgedrängt werden dürfe. Die Befürworter einer solchen eingeschränkten Verpflichtungsermächtigung wollen dem Dritten zu seinem Schutze das Recht einräumen, die Schuldnerschaft des Hintermannes entsprechend § 333 zurückzuweisen[1]. Damit soll z.B. erreicht werden, daß der Dritte eine unerwünschte Aufrechnung abwehren kann.

Bettermann[2] begründet die Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung zunächst mit dem Hinweis auf eine Reihe von einzelnen Normen (so z.B. § 556 Abs. 3; §§ 1459 Abs. 2, 1460 Abs. 1; § 81 Abs. 3 u. 4 ZVG; § 79 Abs. 1 VVG; § 30 ErbbauVO), aus denen sich aber schwerlich ein allgemeines Prinzip herleiten läßt[3], sowie mit der Interessenlage: wenn der Hintermann dem Rechtsgeschäft zwischen dem Mittler und dem Dritten zugestimmt habe, sei nicht einzusehen, wieso er nicht haften solle; entgegenstehende Interessen

---

1) Bettermann, JZ 1951, S. 323 f; Thiele, S. 211 f; Soergel-Siebert-Leptien, § 185 Rdz. 40; Dölle, S. 278 Fn. 1, bejaht ein Zurückweisungsrecht des Hintermannes ohne Bezug auf § 333 BGB.

2) JZ 1951, S. 321 ff.

3) In diesem Sinne gegen Bettermann auch: Doris, S. 89, und Peters, AcP 171 (1971) S. 245 ff.

des Dritten seien bei einer kumulativen Verpflichtung von Mittler und Hintermann nicht erkennbar.

Diese Interessensituation ist auch das einzige Argument, welches Dölle[1] zur Stützung der Verpflichtungsermächtigung anführt.

Thiele[2] sieht ebenfalls keine Bedenken gegen eine Mitverpflichtung und wendet sich gegen das Argument der h.M., die Verpflichtungsermächtigung sei schon deswegen unzulässig, weil sie gegen das Offenkundigkeitsprinzip und gegen die Trennung von mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung verstoße[3]; das Offenkundigkeitsprinzip beruhe auf dem Grundsatz der Privatautonomie, welche die Mitwirkung des Gläubigers bei der Bestimmung des Schuldners erfordere. Bei einer bloßen Mitverpflichtung des Hintermannes - neben dem Mittler - werde diesem Bedürfnis aber Rechnung getragen, weshalb das Offenkundigkeitsprinzip nicht verletzt werde[4]. Des weiteren greift er auch den Hinweis der h.M. an, für eine Verpflichtungsermächtigung bestehe kein Bedürfnis: mit der Verpflichtungsermächtigung werde kein neues Rechtsinstitut geschaffen, sondern es würden lediglich die Rechtsfiguren der Arbeitsteilung um eine vermehrt. Diese Rechtsanalogie zu den Grundsätzen der Arbeitsteilung brauche nicht mit einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs besonders gerechtfertigt zu werden.

---

1) S. 277 ff.

2) S. 207 ff.

3) So. z.B. Flume, § 57 I S. 906 f; Enneccerus-Nipperdey II, § 204 I 3 b, S. 1236 f.

4) S. 209.

Auch Soergel-Siebert-Leptien[1] wollen eine Verpflichtungsermächtigung nur insoweit anerkennen, als dadurch eine Mithaftung des Hintermannes entsteht. Dieser soll also zum Schutze des Dritten nicht alle Schuldnerrechte, insbesondere nicht die Möglichkeit der Aufrechnung erhalten.

In jüngerer Zeit haben sich hauptsächlich Peters[2] und Doris[3] mit der Verpflichtungsermächtigung beschäftigt. Beide gelangen mit einer gewissen Ausnahme zu dem Ergebnis, daß diese nicht zulässig sei.

Peters weist darauf hin, daß neben dem fehlenden Bedürfnis für eine Verpflichtungsermächtigung auch kein Rechtsgeschäft erkennbar sei, auf das die Haftung des Hintermannes gestützt werden könne; der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Mittler enthalte keine entsprechende Vereinbarung. Durch die bloße Zustimmung des Dritten könne seine Haftung nicht begründet werden, denn eine solche setze nach § 305 den Abschluß eines entsprechenden Vertrages voraus[4]. Auch seien die Rechtsfolgen für den Hintermann zu nachteilig; denn dieser solle bloß haften, ohne entsprechende Rechte zu besitzen. Allerdings gebe es Fälle, in denen seine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft des Mittlers gewisse Folgen nach sich ziehen müsse. Dabei handele es sich aber nicht um Leistungspflichten, sondern im Anschluß an den Vermietungsfall des Reichs-

---

1) § 185 Rdz. 40.

2) AcP 171 (1971), 234 ff.

3) In seiner Diss.: Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbungsgeschäften (München 1974).

4) AcP 171 (1971), 243 f.

gerichts[1] und in Analogie zu § 185 um Duldungspflichten, die sich auf eine bestimmte Sache bezögen.

In ähnlicher Weise argumentiert auch Doris; es gebe Rechtsgeschäfte, bei denen der Ermächtigende das auf dem Vertrag zwischen dem Mittler und dem Dritten beruhende "obligatorische Recht des Gläubigers, soweit es sich auf einen ihm gehörenden Rechtsgegenstand bezieht, gegen sich gelten lassen" müsse[2].

Eine darüber hinausgehende Verpflichtungsermächtigung sei abzulehnen; einerseits deswegen, weil es sich dann nicht mehr um eine Ermächtigung i.S. der bekannten Ermächtigungsarten, Verfügungs-, Einziehungs-, Prozeßführungsermächtigung, handele, bei denen "der Akt des Ermächtigten lediglich eine gegenstandsbezogene Wirkung auf die Rechtssphäre des Ermächtigenden zur Folge" habe, während eine allgemeine Anerkennung der Verpflichtungsermächtigung ein unmittelbares Schuldverhältnis zwischen dem Hintermann und dem Dritten begründen solle; andererseits fehle auch jegliches praktische Bedürfnis für eine solche Verpflichtungsermächtigung[3]: das gleiche Ziel werde schon durch einen antizipierten Schuldbeitritt erreicht, welcher nach allgemeiner Meinung als zulässig angesehen wird[4].

---

1) Urteil v. 25.9.1912, RGZ 80, 395 ff; vgl. dazu o.S. 234 f.

2) S. 150.

3) S. 149.

4) So schon andeutungsweise Peters, AcP 171 (1971), 238 Fn. 24.

C. Stellungnahme

Abgesehen von der dogmatischen Begründung einer Verpflichtungsermächtigung muß bei einem solchen praeter legem angesiedelten Rechtsinstitut zunächst die Frage nach dem Bedürfnis gestellt werden. Wenn Thiele diese Frage für überflüssig hält, so verkennt er, daß ein Rechtssystem keinen Eigenwert darstellt, sondern der Konfliktlösung und der Konfliktverhinderung dient. Die Anerkennung von Rechtsinstituten, die keinem praktischen wirtschaftlichen Bedürfnis entspringen, führt zu einer unnötigen Komplizierung des Rechtssystems und ist deswegen abzulehnen.

Bei der folgenden Bedürfnisprüfung sollen, ausgehend von der Thematik der Arbeit, zunächst die Fälle ausgeklammert werden, denen - wie in den Vermietungsfällen - nur eine gegenstandsbezogene Duldungspflicht zu Grunde liegt; untersucht werden zunächst die Konstellationen, in denen es, wie bei der undisclosed agency, um die Begründung einer echten Leistungspflicht des Geschäftsherrn geht.

Wenn es zuträfe, daß bei einer mittelbaren Stellvertretung immer eine antizipierte Schuldübernahme unterstellt werden kann, ergäbe sich insoweit keinerlei Bedürfnis für eine Verpflichtungsermächtigung.

Es gibt jedoch einen Gesichtspunkt, der bezüglich der Annahme einer antizipierten Schuldübernahme Zurückhaltung gebietet: meist wird es - gerade wenn man sich die Fälle des Kaufs oder Verkaufs in mittelbarer Stellvertretung

vor Augen hält - an dem erforderlichen Willen des Geschäftsherrn fehlen; dieser will sich oft gerade nicht gegenüber dem Dritten verpflichten bzw. durch den Mittler verpflichten lassen. Insbesondere die Konsequenz, daß der Geschäftsherr bei einer antizipierten Schuldübernahme seine Schuld nicht mehr durch eine Leistung an den Mittler tilgen kann, dürfte es i.d.R. verbieten, einen entsprechenden Willen des Geschäftsherrn zu unterstellen. Wenn aber ein Wille des Geschäftsherrn, sich durch den Mittler gegenüber dem Dritten verpflichten zu lassen, feststellbar ist, dann reicht es in der Tat aus, eine antizipierte Schuldübernahme anzunehmen.

Der Schluß von der antizipierten Schuldübernahme auf das fehlende Bedürfnis für eine Verpflichtungsermächtigung ist also nur dann zwingend, wenn den Verfechtern einer Verpflichtungsermächtigung ausschließlich Fälle vorschweben, in denen ein entsprechender Wille des Geschäftsherrn, sich durch den Mittler gegenüber dem Dritten verpflichten zu lassen, vorhanden ist. Ob dies der Fall ist, kann nicht genau erkannt werden; da die Anhänger der Verpflichtungsermächtigung aber eine entsprechende Einschränkung nicht machen, sondern z.B. nur von einer Zustimmung des Geschäftsherrn zu dem Vertrag des Mittlers sprechen[1], liegt es nahe anzunehmen, daß sie bei jeder mittelbaren Stellvertretung das Institut der Verpflichtungsermächtigung anwenden wollen. Dies bedeutet, daß nicht für alle Fälle ein Bedürfnis nach einer Verpflichtungs-

1) So Bettermann, JZ 1951, 322 l.Sp.

ermächtigung mit dem Hinweis auf eine antizipierte Schuldübernahme verneint werden kann. Die grundsätzliche Möglichkeit einer antizipierten Schuldübernahme - wenn ihre Voraussetzungen, insbesondere der entsprechende Wille des Geschäftsherrn, vorliegen - macht deswegen die allgemeine Prüfung des Bedürfnisses für eine Verpflichtungsermächtigung nicht entbehrlich.

Schlüsselt man die bisher immer nur in allgemeiner Form aufgeworfene Frage des Bedürfnisses einmal auf, so wird deutlich, daß sich hinter der Diskussion um einen direkten Anspruch des Dritten gegen den Hintermann folgende zwei Fragenkomplexe verbergen:

1. Soll der Dritte das Nachsehen gegenüber den Gläubigern des Mittlers haben, und ist dies unbillig?
2. Gibt es Fälle, in denen unter Anwendung der gesetzlichen Normen und herkömmlichen Rechtsinstitute der Geschäftsherr "unbilligerweise" nicht zur Verantwortung gezogen werden kann?

Was die erste Frage angeht, so ergibt sich hier eine Parallele zu der oben[1] dargestellten Problematik der Behandlung des Befreiungsanspruchs im Konkurs des Befreiungsberechtigten. Schon dort wurde festgestellt, daß es keineswegs unbillig ist, wenn dem Dritten gegenüber den anderen Gläubigern des Mittlers keine bevorzugte Stellung eingeräumt wird. Er hat nur auf die Leistungsfähigkeit des Mittlers vertraut und muß deswegen auch die Folgen tragen, wenn dieses Vertrauen enttäuscht wird. Jedoch wurde bereits oben dargelegt, daß der Dritte sich in der Ein-

1) s.o.S. 203 ff.

zelzwangsvollstreckung - wegen Unpfändbarkeit des Befreiungsanspruchs - und auch in einigen häufig vorkommenden Fallkonstellationen des Konkurses (über §§ 392 Abs. 2, 406 Abs. 1 HGB und eine restriktive Auslegung des § 17 KO[1]) in einer besseren Stellung befindet, als wenn der Mittler für eigene Rechnung und nicht als mittelbarer Stellvertreter handeln würde. Insgesamt ergibt sich aber aus dem Verhältnis des Dritten zu den anderen Gläubigern des Mittlers kein Bedürfnis für eine Verpflichtungsermächtigung.

Bezüglich der zweiten Frage kann weitgehend auf obige Ausführungen verwiesen werden. Über die Anwendung von § 278 Abs. 1 - der Hintermann als Erfüllungsgehilfe des Mittlers - verbunden mit einem entsprechenden Freistellungsanspruch des Mittlers gegen den Hintermann konnten auch die Fälle sachgerecht gelöst werden, in denen ohne die Anwendung von § 278 insoweit tatsächlich eine Lücke geklafft hätte, als ein vertragsbehinderndes Verhalten des Geschäftsherrn für diesen keine Sanktionen hervorgerufen hätte: so z.B. bei einer schuldhaft verspäteten Lieferung oder der schuldhaften Herbeiführung einer Unmöglichkeit.

Insgesamt besteht also kein Bedürfnis für eine Verpflichtungsermächtigung, die eine Leistungspflicht des Hintermannes begründet.

Etwas anders sieht es in den Fällen der konsentierten Gebrauchsüberlassung aus (Beispiel: der Mittler vermietet eine Sache des Eigentümers mit dessen Zustimmung). Wenn man hier eine Bin-

---

1) s.o.S. 190 f, 198 ff.

dung des Eigentümers an die von ihm gestattete Besitzüberlassung verneint, ergibt sich die unbillige Lösung, daß der Benutzer einem dinglichen Herausgabeverlangen des Eigentümers schutzlos ausgeliefert ist, weil der Vertrag mit dem Mittler nicht gegenüber dem Eigentümer wirkt. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, sieht die h.M. - wohl in Anlehnung an die beiden RG-Entscheidungen[1] - den Eigentümer entsprechend § 185 an die Vermietung gebunden[2]. Dem ist zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse zuzustimmen. Eine eingehende Diskussion dieser Problematik kann in dem hier erörterten Zusammenhang unterbleiben. Es genügt festzustellen, daß diese Erstreckung der vertraglichen Bindung auf einen Vertragsunbeteiligten nur eine ganz spezielle Situation betrifft; diese Ausnahmeregelung bildet keinen Grund, die grundsätzliche Verneinung einer allgemeinen Verpflichtungsermächtigung in Frage zu stellen.

---

1) Urteile v. 15.9.1912, RGZ 80, 395 ff; v. 27.3.1929, RGZ 124, 28 ff; s. dazu o.S. 234 ff.

2) Larenz (Schuldrecht I),§ 17 IV S. 189 f; Erman-Westermann, § 185 Rdz. 6; Staudinger-Coing, § 185 Rdz. 11; Soergel-Siebert-Leptien, § 185 Rdz. 10; Flume, § 57 1d, S. 907 f; Diederichsen, S. 146 f; auch Peters (AcP 171 (1971) 247 f) und Doris (S. 123 ff, 150) stimmen dem zu, fassen die Zulässigkeit dieser Art von Verpflichtungsermächtigung allerdings etwas weiter. Wenn sich die Ermächtigung auf einen im Eigentum des Ermächtigenden stehenden Gegenstand bezieht, soll der Ermächtigende die Verpflichtung gegen sich gelten lassen müssen. Ähnlich Erman-Westermann (§ 185 Rdz. 6); bedenklich weitgehend Staudinger-Coing (§ 182 Rdz. 11): "Insbesondere muß, wer zu einem von einem anderen geschlossenen Vertrag seine Einwilligung oder Genehmigung erteilt hat, den Vertragsinhalt, auch wenn er selbst nicht Vertragspartei wird, doch gegen sich gelten lassen, als ob er für seinen Rechtsbereich wirksam geworden wäre."

VI. Das obligatorische Geschäft für denjenigen, den es angeht (Gfd)

Nach dem sogenannten Geschäft für denjenigen, den es angeht, entsteht bei einem Rechtsgeschäft, welches Mittler und Dritter abschließen, unter Verzicht auf das Offenkundigkeitserfordernis des § 164 Abs. 1 eine rechtsgeschäftliche Beziehung nicht zwischen dem Mittler und dem Dritten, sondern zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten. Die Stellvertretungswirkung soll genau so eintreten, als wenn der Mittler im fremden Namen aufgetreten wäre. Neben den anderen Stellvertretungsvoraussetzungen - Vertretungsmacht und Vertretungswille - wird aus dem Interesse des Dritten heraus noch gefordert, daß ihm die Person seines Geschäftspartners gleichgültig gewesen sein muß.

Hier soll nur vom sogenannten echten oder verdeckten Gfd die Rede sein, bei welchem der Dritte nicht weiß, daß der Mittler nicht für sich selbst handeln will[1]. Sind sich dagegen der Dritte und der Mittler darüber einig, daß letzterer nicht Vertragspartner sein soll, und bleibt dem Dritten nur die Identität des Geschäftsherrn beim Vertragsschluß verborgen (auch als offenes Gfd bezeichnet), liegt kein Verstoß gegen das Offenkundigkeitsprinzip vor[2]; diese Fallkonstellation liegt damit außerhalb der hier behandelten Thematik.

---

1) Vgl. z.B. Brox, Rdz. 483; Flume, § 44 II 1 a.

2) Larenz (Allgem. Teil), § 30 II b S. 525 f; Staudinger-Coing, Vor § 164 Rdz. 49.

Bejaht man die Möglichkeit eines obligatorischen Gfd, so ergibt sich insoweit eine Parallele zur undisclosed agency des anglo-amerikanischen Rechts, als durch das Handeln des Mittlers im eigenen Namen eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen diesem und dem Geschäftsherrn entsteht[1]. Der wesentliche Unterschied besteht aber darin, daß die undisclosed agency dem Dritten ein Wahlrecht einräumt, ob er den Mittler oder den Hintermann als Schuldner belangen will, während nach dem obligatorischen Gfd nur der Geschäftsherr als Schuldner des Dritten behandelt wird. Diese Ungleichheit läßt es nicht zu, aus der anglo-amerikanischen Rechtslage ein wesentliches Argument für die Zulässigkeit eines obligatorischen Gfd abzuleiten[2].

---

1) In einem Fall hat das Gfd gesetzliche Anerkennung erfahren. Bezüglich der Ausübung des Stimmrechts durch Kreditinstitute heißt es in § 135 Abs. 4 Satz 1 und 2 AktG: "Auf Grund der Vollmacht kann das Kreditinstitut das Stimmrecht unter Benennung des Aktionärs in dessen Namen ausüben. Wenn es die Vollmacht bestimmt, kann das Kreditinstitut das Stimmrecht auch im Namen dessen, den es angeht, ausüben." Das schweizerische OR erkennt das Gfd allgemein an. Art. 32 Abs. 2: "Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solchen zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt und verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen mußte, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse."

2) Während im anglo-amerikanischen Recht bei einem Auftragserwerb i.d.R. der Mittler das Eigentum an den für den Geschäftsherrn erworbenen Sachen erlangt (allerdings in treuhänderischer Gebundenheit) und ein direkter Eigentumserwerb nur dann in Betracht kommt, wenn der Geschäftsherr dem Mittler das Geld zum Erwerb vorab zur Verfügung gestellt hatte (s. dazu o.S.32 f),

(Fortsetzung dieser Fußnote s. nächste S.)

A. Die Literatur

In seinem grundlegenden Aufsatz[1] bejahte Rümelin die Möglichkeit eines dinglichen Gfd, konkret: den direkten Eigentumserwerb des Hintermannes[2]. Den Anstoß zu seinen Überlegungen gibt die schon von Eck dargelegte Fallkonstellation, daß ein Dienstbote im eigenen Namen, aber mit dem Gelde seines Dienstherrn, einen Gegenstand erwirbt[3]. Der Eigentumserwerb des Boten und die damit sei-

---

(Fortsetzung der Fußnote[2] der vorhergehenden Seite)

erkennt die h.M. des deutschen Rechts die Möglichkeit eines direkten Eigentumserwerbs des Geschäftsherrn vermittels des dinglichen Gfd an; aus der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des BGB: RG v. 7.10.1889, RGSt 19, 429; v. 17.12.1892, RGZ 30, 141; OLG Celle v. 31.1.1893, SeuffA 49, 398; RG v. 2.5.1893, RGSt 24, 146; nach Inkrafttreten des BGB: RG v. 3.2.1903, Gruchot 47, 987; RG v. 11.6.1920, RGZ 99, 208; RG v. 2.11.1920, RGZ 100, 190; RG v.3.12.1923, SeuffA 78, 273 (= RG Warn Rspr. 1925, S.38 Nr.27); OLG Stuttgart v.21.6.1950, NJW 1951, 445; OLG Celle v.11.5.1954, NJW 55, 671 (= MDR 54, 545); BGH v.12.2.1959, WM 1959, 561, 563; aus der Literatur: Palandt-Heinrichs, § 164 Anm. 1 a; Erman-Westermann, § 164 Rdz. 19; § 929 Rdz. 26 f; Beuthien-Hadding, § 164 I 2 b; Steffen in RGRK z. BGB, § 164 Rdz. 7; Baur, § 51 VII 3; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2c; Westermann, § 42 IV 3; Soergel-Siebert-Schultze-v.Lasaulx, Vor § 164 Rdz. 37 ff; Enneccerus-Nipperdey II, S. 1101 f; Lent-Schwab, § 29 V; Gerhardt (Sachenrecht), S. 92; a.A.: Flume, § 44 II 2c; Emmerich-Tempel, § 2 III; Wolf (Allgem. Teil), § 13 V; Wolff-Raiser, S. 237; zweifelnd Larenz (Allgem. Teil), § 30 II.

1) AcP 93 (1902), 131 ff.

2) Für den umgekehrten Fall (der Dritte erwirbt von einem auftragsgemäß im eigenen Namen handelnden Mittler einen Gegenstand, der nicht diesem, sondern dem Hintermann gehört) ermöglicht § 185 Abs. 1 einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Dritten (da der Offenkundigkeitsgrundsatz des § 164 Abs. 1 auch für die dingliche Einigung gilt, kann man § 185 Abs. 1 als eine gesetzliche Ausnahme dieses Prinzips ansehen).

3) S. 179 f.

nen Gläubigern eröffnete Zugriffsmöglichkeit scheint ihm ein untragbares Ergebnis[1]. Die Bejahung auch der Möglichkeit eines obligatorischen Gfd[2] ergibt sich dabei sozusagen als Anhängsel der dinglichen Rechtslage; Kernpunkt der Erörterung ist § 164, und da diese Vorschrift sich nicht nur auf die dingliche, sondern auch auf die obligatorische Einigung bezieht, war der Weg einer Übertragung der für die dingliche Rechtslage gefundenen Ergebnisse auf das obligatorische Geschäft vorgezeichnet.

Rümelin argumentiert zusammengefaßt folgendermaßen[3]: Wenn der Dritte und ein Vertreter ein Rechtsgeschäft abschlössen, könnten sie die Person des Geschäftsgegners in der Form offenhalten, daß der Mittler entweder den X oder den Y vertrete. Genauso könne von dem Mittler und dem Dritten vereinbart werden, daß der Mittler nicht eine von zwei, sondern eine von mehreren Personen vertrete. Schließlich könne sich der Dritte auch damit einverstanden erklären, daß der Mittler überhaupt keinen Hinweis auf die Person des Vertretenen abgebe. Diese Vereinbarung könne nun von dem Dritten und dem Mittler nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend getroffen werden. Eine solche konkludente Abrede müsse dann angenommen werden, wenn es dem Dritten gleichgültig sei, wer sein Geschäftspartner werde. Bei obligatorischen Rechtsgeschäften sei eine solche Gleich-

---

1) S. 218.

2) S. 226, 248.

3) S. 219 ff.

gültigkeit des Dritten in erster Linie bei Barkäufen anzunehmen[1].

V. Lübtow schließt sich in seinem 1949 erschienenen Aufsatz[2] den Ausführungen von Rümelin im wesentlichen an und betont ausdrücklich, daß das Gfd auch bei obligatorischen Geschäften Anwendung finden könne. Auf die Kundgabe des Vertretungsverhältnisses durch den Mittler könne dann verzichtet werden, wenn der Dritte an einer Offenbarung des Vertretungsverhältnisses uninteressiert sei und der Wille des Mittlers, für den Geschäftsherrn abzuschließen, sich aus der ganzen Sachlage mit objektiver Sicherheit ergebe[3]. Die Begründung v. Lübtows unterscheidet sich insoweit von derjenigen Rümelins, als er nicht eine stillschweigende Vereinbarung zwischen dem Mittler und dem Dritten über die Gleichgültigkeit annimmt, sondern einen Verstoß gegen § 164 Abs. 1 zugibt. Er sieht diesen aber als gerechtfertigt an, soweit die Interessen des Dritten deswegen nicht berührt werden, weil ihm die Person des Geschäftspartners gleichgültig ist.

Auch Ohr[4] bejaht die grundsätzliche Möglichkeit eines Gfd; er bemängelt aber, daß es für die Korrektur des Willens des Dritten keine dogmatische Begründung gebe. In einer ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 sieht er die

---

1) S. 248.

2) ZfHK 112,227 ff.

3) S. 249.

4) AcP 150 (1949), 525 ff.

Grundlage dafür, daß bei objektiver Gleichgültigkeit über die Person des Vertragsgegners der auf den Vertreter gerichtete geäußerte Wille des Dritten außer acht gelassen werden kann[1].

Insgesamt erkennt die herrschende Literaturmeinung die Möglichkeit eines obligatorischen Gfd an[2]. Meist wird aber betont, daß es hier einer genauen Prüfung der Gleichgültigkeit bedürfe[3], daß sie im Gegensatz zur dinglichen Einigung nur ausnahmsweise angenommen werden könne[4] und daß in erster Linie Bargeschäfte des täglichen Lebens darunter fallen würden[5].

---

1) S. 525 ff.

2) z.B.: Palandt-Heinrichs, § 164 Anm. 1 a; Erman-Westermann, § 164 Rdz. 19, § 929 Rdz. 27; Steffen in RGRK z. BGB,§ 164 Rdz. 7; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, Vor § 164 Rdz. 37 ff; Lehmann-Hübner, § 36 IV 2 c; Enneccerus-Nipperdey II, § 179 III 4 S. 1102; Brox, Rdz. 484; Honsell, JuS 76 S. 626; Ohr, MDR 59 S. 89 f; Müller-Freienfels, S. 21 f; Thiele, S. 205 ff; a.A.: Flume, § 44 II 2 b S. 772; Lent-Schwab, § 29 V; Emmerich-Tempel, § 2 III. Sehr vorsichtig Staudinger-Coing, der das Gfd bei fehlendem Offenheitsinteresse des Dritten "vielleicht" zulassen will (Vor § 164 Rdz. 49). Zurückhaltend bezüglich der Rechtsfigur des Gfd auch Larenz (Allgem. Teil), § 30 II b S. 526. Unklar Thiele (in: MünchKomm § 164 Rdz. 45 ff), der zwar das Gfd allgemein anerkennen will, aber anscheinend nur das offene Gfd meint (a.a.O., Rdz. 54).

3) Enneccerus-Nipperdey II, § 179 III 4 S. 1102.

4) Steffen in RGRK z. BGB,§ 164 Rdz. 7; Erman-Westermann, § 929 Rdz. 27.

5) Palandt-Heinrichs, § 164 Anm. 1 a; Soergel-Siebert-Schultze-v.Lasaulx, Vor § 164 Rdz. 41; MünchKomm - Thiele, § 164 Rdz. 52.

B. Die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum obligatorischen Gfd bietet kein einheitliches Bild. Nur bezüglich zweier Fallgruppen besteht eine gefestigte Rechtsprechung: das sind einmal die Sparkassenbuch- und Kontofälle - hier sollen die Person des Einzahlenden und der Name, auf den das Sparbuch ausgestellt wird, nichts über die Person des Gläubigers aussagen; entscheidend sei vielmehr, wer nach dem der Bank erkennbaren Willen des Einzahlenden Gläubiger des Kreditinstituts werden solle[1]; die zweite Gruppe bilden die Auskunftsfälle - z.B. ein Kreditgeber verlangt Schadensersatz von dem Wirtschaftsprüfer des Kreditnehmers, weil er sich auf den Jahresabschluß des Prüfers verlassen habe -; in diesen Situationen wird in ständiger Rechtsprechung[2] eine Haftung des Prüfers nach den Grundsätzen des Gfd abgelehnt[3].

Die anderen Entscheidungen zum obligatorischen Gfd sollen im folgenden, in zeitlicher Reihenfolge geordnet, kurz vorgestellt und in einzelnen Punkten kritisiert werden. Grundsätz-

---

1) RG v. 8.4.1910, RGZ 73, 221; BGH v. 25.6.1956, BGHZ 21, 148; BGH v. 29.4.1970, WM 1970, 712; BGH v. 9.2.1972, WM 1972, 383.

2) BGH v. 6.7.1970, NJW 1970, 1737; BGH v. 5.12.1973, NJW 1973, 321 (323), jeweils m.w.Nachw.; vgl. zu dem Problemkreis der Haftung für Auskunft und Gutachten auch Honsell in JuS 1976, 621 ff (626).

3) Es handelt sich dabei um den Versuch - ähnlich wie bei c.i.c., Vertrag mit Schutzwirkung, Drittschadensliquidation - wegen der als zu eng empfundenen deliktischen Haftung eine vertragliche Haftung zu erreichen.

liche Einwände folgen anschließend.

1. In der einzigen RG-Entscheidung[1] zum obligatorischen Gfd ging es um folgendes:

Ein Pächter hatte neben eigenen auch Sachen des Verpächters gegen Feuer versichert. Den Vertrag mit der Versicherung hatte der Pächter im eigenen Namen geschlossen. Nach Eintritt des Versicherungsfalles pfändete ein Gläubiger des Pächters die Versicherungsforderung. Der Verpächter machte nun geltend, daß die Forderung teilweise ihm zustünde. Soweit Sachen verbrannt seien, die in seinem Eigentum gestanden hätten, sei er Inhaber der Versicherungsforderung. Das RG lehnte diese Ansicht ab. Es legte dar, daß der Kredit erheblich gestört werden könne, wenn die Gläubiger einer Person nicht mehr sicher sein könnten, daß das Vermögen, welches sich äußerlich als ihrem Schuldner gehörig darstelle, auch rechtlich entsprechend behandelt werde. Hiernach sei grundsätzlich anzunehmen, daß der sogenannte mittelbare Vertreter durch die Geschäfte, die er mit Dritten abschließe, lediglich selbst berechtigt und verpflichtet werde, und daß seine obligatorischen Verpflichtungen und Rechte gegenüber demjenigen, in dessen Interesse er handele, sich nach dem zwischen ihm und diesem bestehenden Rechtsverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag etc.) bestimmen würden. Der Hintermann trete zu dem Gegenkontrahenten in keine rechtliche Beziehung. Dabei läßt es das Gericht ausdrücklich offen, ob dieser Grundsatz für das Gebiet des Sachenrechts Einschränkungen erleide.

---

1) Urteil v. 14.6.1904, RGZ 58, 273 ff.

In einigen späteren Entscheidungen versagte das RG nochmals in Fällen, in denen es um ein dingliches Gfd geht, beiläufig dem obligatorischen Gfd die Anerkennung[1].

Die Nachkriegsrechtsprechung hat sich - auch außer den beiden oben genannten Fallgruppen - mehrfach mit dem obligatorischen Gfd beschäftigt.

2. Urteil des OLG Celle vom 15.6.1949[2]:

Der Prokurist (Mittler) des Klägers (Geschäftsherr) hatte dem Beklagten (Dritter) Luzerne und Rotklee geliefert. Der Kläger behauptet, dies sei nur zwecks Einlagerung geschehen und verlangt Herausgabe; der Beklagte wendet ein, der Prokurist habe ihm die Ware verkauft. Der Beklagte wußte, daß dieser nicht Eigentümer war, denn er glaubte, daß der Prokurist in seiner früheren Eigenschaft als Revisor der Reichsstelle für Getreide handelte. Das OLG stellt fest, daß die Berufung des Beklagten auf § 1006 nur begründet sein könne, wenn er Eigenbesitz erhalten habe; dies hänge von den schuldrechtlichen Beziehungen des Beklagten zu dem Prokuristen ab. Zur Begründung eines Kaufvertrages mit dem Kläger beruft sich der Beklagte auf ein Gfd; die Person des hinter dem Prokuristen stehenden Verkäufers und Übereigners sei ihm gleichgültig gewesen. Das OLG weist diese Auffassung zurück.

---

1) Urteile v. 2.11.1920, RGZ 100, 190; v. 3.12.1923, SeuffA 78, 273 (= RG Warn Rspr. 1925, S. 38 Nr. 27).

2) Nied. Rpfl. 1950, 121 f.

Während beim Vollzug rein dinglicher Übereignungsakte die Person des Übereignenden für den Erwerber i.d.R. ohne Interesse sei, gelte dies im Bereich des Schuldrechts im allgemeinen nur für Geschäfte des täglichen Lebens. Wenn es, wie vorliegend, um größere Objekte gehe, sei die Person des Gläubigers bzw. Schuldners bei einem gegenseitigen Vertrag zu wichtig, als daß der andere Teil es mangels abweichender Abrede oder Übung bewußt in Kauf nehmen könne, die Person des Vertragspartners im Dunkeln zu lassen und sich mit der Kenntnis der Person des Vertreters zu begnügen.

Auffallend an dieser Entscheidung - der sicherlich im Ergebnis zuzustimmen ist - erscheint zunächst, daß die fehlende Verkaufsvollmacht des Mittlers - eine solche hatte der Dritte auch nicht behauptet - nicht erwähnt wird. Das Gfd kann jedoch nur die fehlende Offenkundigkeit des Vertreterhandelns, nicht aber auch die Vertretungsmacht als solche und den Vertretungswillen ersetzen. Obwohl die Fakten der Entscheidung hier keine genaue Auskunft geben, schien es an beidem zu fehlen mit der Folge, daß schon deswegen die Annahme eines Gfd scheitern mußte.

Bezüglich der grundsätzlich erforderlichen Gleichgültigkeit des beklagten Dritten begnügt sich das Gericht mit einem Hinweis auf den Auffangtatbestand: wegen des Geschäftsvolumens könne dem Dritten die Person des Vertragspartners nicht gleichgültig gewesen sein. Die Gleichgültigkeit kann aber auch ganz konkret in Zweifel gezogen werden. Man stelle sich nur einmal vor, der von dem Mittler repräsentierte Ge-

schäftsherr hätte die Ware gestohlen. Wäre dies dem Dritten bekannt gewesen, hätte er keinen Kaufvertrag abgeschlossen. Dies zeigt aber, daß der Dritte nicht von jeder beliebigen Person gekauft hätte. Damit ist aber auch konkret nachgewiesen, daß ihm die Person des Geschäftsherrn nicht gleichgültig war (allgemein zu dem Gesichtspunkt der Mängelrechte, s.u.S. 278 f).

3. Der nächste Fall wurde ebenfalls vom OLG Celle entschieden[1]: Eine Mutter hatte mit Zustimmung der Tochter für ihren im Krieg befindlichen Sohn den Hof der Familie an einen Dritten verpachtet. Später stellte sich heraus, daß der Sohn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon tot gewesen und die Tochter bereits Erbin des Hofes geworden war. Diese meint, nicht an den Pachtvertrag gebunden zu sein. Das Gericht bejaht einen gültigen Pachtvertrag zwischen der Tochter und dem Dritten. Bei Vertragsschluß sei die Möglichkeit des Todes des Sohnes bereits in Erwägung gezogen worden und die Mutter habe

> "nicht nur für ihren vermißten Sohn handeln wollen und gehandelt, sondern schlechthin für den, den es angehen sollte, nämlich den endgültigen Erben des Hofes".

Zwischen den Beteiligten sei klar gewesen, daß dies nur die Tochter sein könne, die bei dieser Sachlage auch mit der Verpachtung einverstanden gewesen sei.

---

1) Urteil v. 27.4.1951, MDR 51, 612.

Zunächst ist Flume[1] zuzustimmen, wenn er diesen Sachverhalt, da die Parteien um die Unsicherheit wußten, nur als einen Fall des offenen Gfd ansieht. Darüber hinaus taucht in dieser Entscheidung wiederum derselbe falsche Ansatz wie in dem vorhergehenden Fall auf: die Formulierung "Handeln für denjenigen, den es angeht" darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Figur des Gfd als Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip nur eine Unkenntnis in der Person des Dritten über seinen Vertragspartner überspielen will, nicht aber die Kenntnis des Vertreters von der Person des Vertretenen und auch nicht die Vertretungsmacht ersetzen kann. Beide Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

Die Gleichgültigkeit des Dritten wird vom Gericht überhaupt nicht angesprochen. Dabei ist auch diese wiederum nicht gegeben. Der Dritte hätte den Pachtvertrag nicht mit jedem geschlossen, sondern nur mit jedem Verpachtungsberechtigten - in diesem Fall also der Tochter. Von einer allgemeinen Gleichgültigkeit des Dritten bezüglich seines Vertragspartners kann keine Rede sein.

4. Im sogenannten Volkswagensparerurteil[2] bejaht der BGH die Möglichkeit eines obligatorischen Gfd, lehnt allerdings die nachträgliche Genehmigung eines im eigenen Namen geschlossenen Vertrages ab.

---

1) § 44 II 1 a, S. 766.

2) Urteil v. 21.12.1954, NJW 1955, 587 ff.

Vor dem Krieg hatten die Kläger Sparbeiträge an eine DAF genannte Organisation - wohl eine nationalsozialistische, staatliche Stelle (eine Art Fonds) - gezahlt. Dafür sollte ihnen später ein Volkswagen, dessen Produktion von dem beklagten Volkswagenwerk noch gar nicht aufgenommen worden war, übereignet werden. Irgendwann nach Abschluß der Verträge hatten die DAF und das beklagte VW-Werk sich geeinigt, daß nur letzteres haften solle. Die Kläger verlangen von dem beklagten Werk die Lieferung eines Volkswagens.

Das Gericht stellt fest, daß als Schuldner der Lieferungsansprüche zunächst nur die DAF in Frage komme[1]. Anschließend wird aber noch geprüft, ob die DAF nicht als offene Stellvertreterin für das beklagte VW-Werk gehandelt hat. Nachdem der BGH dies verneint hat, wendet er sich der Frage zu, ob nicht auf Grund eines obligatorischen Gfd ein Vertrag mit dem beklagten VW-Werk zustande kam.

> "Das Recht kennt Ausnahmen von dem in § 164 BGB aufgestellten Erfordernis der Erkennbarkeit der direkten Stellvertretung und nimmt an, daß unter besonderen Umständen auch dann unmittelbare vertragliche Beziehungen mit einem Vertretenen zustande kommen können, wenn der Abschluß nicht erkennbar in seinem Namen stattgefunden hat. Voraussetzung dieser Ausnahme ist neben dem Vertretungswillen des Vertreters die Unterstellung des hypothetischen Willens des Vertragsgegners, den Vertrag jedenfalls mit dem abzuschließen, der die gewünschte und vereinbarte Leistung erbringt, ohne daß es ihm dabei auf die Festlegung der Person des Leistenden ankommt. Für den hypothetischen Willen des Vertragsgegners müssen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Das sind die sog. Verträge für Rechnung dessen, den es angeht".

---

1) S. 589 l.Sp.

Es könne letztlich aber offen bleiben, ob eine solche rechtliche Betrachtung bei Verträgen, die über den Rahmen von Geschäften des täglichen Lebens hinausgingen, überhaupt in Betracht komme. Denn jedenfalls sei die nachträgliche Umwandlung eines zunächst im eigenen Namen abgeschlossenen Vertrages "durch einen unkontrollierbaren inneren Akt, durch einen 'kaufmännischen Entschluß'" in einen im fremden Namen abgeschlossenen Vertrag nicht möglich. Dies bedeute die nachträgliche Einführung eines anderen Vertragspartners und sei nur im Wege einer beiderseitigen Einigung möglich. Mit dieser Ansicht befindet sich der BGH in Übereinstimmung mit der anglo-amerikanischen Rechtslage, nach der trotz grundsätzlicher Anerkennung der mittelbaren Stellvertretung als Vertretung eine Ratifikation gleichwohl nicht zulässig ist[1].

Auch bei diesem Sachverhalt fehlte es wiederum schon an der erforderlichen Gleichgültigkeit des Dritten (Klägers). Er hätte mit Sicherheit nicht mit jeder beliebigen Person einen solchen Auto-Sparvertrag abgeschlossen; Voraussetzung war vielmehr sein Vertrauen, für seine Sparleistungen eines Tages auch einen PKW zu erhalten. Daß ihm dabei die Person des Schuldners nicht gleichgültig sein konnte, liegt auf der Hand.

5. Das LG Berlin stützte in folgendem Fall seine Entscheidung auf ein obligatorisches Gfd[2]:

---

1) s. dazu o.S. 114 ff.

2) Urteil v. 16.2.1961, NJW 1961, 973; ablehnende Bespr. v. Lüke-Dorndorf, JuS 1962, 30 ff.

Ein Vater hatte sein minderjähriges Kind ins Krankenhaus gebracht und sich zur Zahlung der Rechnung verpflichtet. Da der Vater mittlerweile unauffindbar war, verklagte das Krankenhaus die Mutter auf Zahlung der Rechnung. Das Landgericht führt aus, daß für die Kosten, die durch Ausübung der Personenfürsorge entstanden seien, beide Eltern hafteten, weil sie beide dem Kind gem. § 1601 Unterhalt schuldeten. Gemäß § 1610 gehörten zum Lebensbedarf auch die notwendigen Sonderkosten einer ärztlichen Behandlung. Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Bestimmungen und der Verkehrssitte habe das Krankenhaus, wenn es sich auch mit der Unterschrift des Vaters, der morgens um 4 1/2 Uhr mit dem Kind erschien, begnügte, den Vertrag mit demjenigen abschließen wollen, den es anging, also mit den Personen, die für die Personenfürsorge und den Unterhalt des Kindes verantwortlich seien. Hierbei habe die Klägerin die Ermächtigung der Beklagten an ihren Ehemann, für sie mitzuhandeln, genauso voraussetzen dürfen wie bei der Ausübung des Rechtes, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen.

> "Falls die Beklagte dieser für die das Kind aufnehmende Klägerin auf Treu und Glauben und dem Sittengesetz beruhenden Betrachtungsweise nicht zustimmen wollte, hätte sie die Pflicht gehabt, dies der Leitung des Krankenhauses unverzüglich nach der Aufnahme in rechtsverbindlicher Form mitzuteilen."

Die Klägerin habe dann die Möglichkeit gehabt, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen. Die Beklagte habe aber solche Mitteilungen nicht nur unterlassen, sondern sie habe auch durch die

Besuche und die Betreuung des Kindes im Krankenhaus schlüssig ihr Einverständnis mit dem Aufnahmeantrag erklärt. Daher sei sie der Klägerin vertraglich zur Bezahlung der Behandlungskosten und zwar als Gesamtschuldnerin mit dem Vater verpflichtet.

Diese Begründung ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Die letzten Ausführungen des Gerichts deuten darauf hin, daß ein nachträglicher konkludenter Schuldbeitritt angenommen wird, da beide Elternteile haften sollen; dann wäre die Annahme eines Gfd, welches ein Rechtsgeschäft zwischen der Klägerin und der Mutter zuwege bringt, überflüssig; denn ein Schuldbeitritt bedarf nicht der Mitwirkung des Gläubigers.

Geht man aber von einem obligatorischen Gfd aus, hätte auch hier wiederum zunächst die "Vertretungsmacht" und der Vertretungswille des Vaters geklärt werden müssen. Diese Prüfung kann nicht - wie in der Entscheidung geschehen - durch den Hinweis auf "Treu und Glauben" und das "Sittengesetz" ersetzt werden[1]. Die Feststellung, daß die Klägerin die Ermächtigung des Vaters, für die beklagte Mutter zu handeln, voraussetzen durfte, gibt hier keine Antwort. Der Glaube an die Vertretungsmacht kann eine solche weder schaffen noch ersetzen, wenn sie nicht besteht (die Bemerkungen des Gerichts deuten vielmehr in die Richtung einer Anscheinsvollmacht). Auch die Gleichgültigkeit des Dritten (der Klägerin) wird wiederum gar nicht überprüft; gerade bei

---

1) so auch Lüke-Dorndorf, JuS 1962, 31 l.Sp.

einer Privatklinik kann man sehr zweifeln, ob ihr die Person des Schuldners tatsächlich gleichgültig ist[1]. Auch die Möglichkeit, die Gleichgültigkeit der Klägerin wegen eines Kontrahierungszwanges für überflüssig zu halten, könnte allenfalls für den Zeitraum der Nacht erwogen werden; ein solcher Kontrahierungszwang endete jedenfalls am nächsten Morgen, soweit dann eine Verlegung möglich war. Ein Gfd ist somit jedenfalls nicht vertretbar[2].

6. Das Verhältnis zwischen Anscheinsvollmacht und Gfd spielt auch in der nächsten Entscheidung des BGH eine Rolle, in der es ebenfalls um einen Krankenhausaufnahmeantrag geht[3]: In einem vom DRK geführten Krankenhaus wurde die Klägerin unsachgemäß behandelt. Sie klagte aber nicht gegen das DRK, sondern gegen die Stadt, die früher Trägerin des Krankenhauses gewesen war. Die Beklagte versuchte, sich einer vertraglichen Haftung aus einer Anscheinsvollmacht zu entziehen; sie führte an, die Klägerin habe den Vertrag mit demjenigen, den es angeht, also dem DRK, geschlossen. Der BGH weist diese Ansicht zurück. Der Wille einer Vertragspartei zum Abschluß mit dem, den es angeht, lasse sich regelmäßig nicht ohne objektive Anhaltspunkte feststellen. Es genüge nicht schon, daß der andere bei Kenntnis der Sachlage

---

1) s. dazu auch die folgende Entscheidung des BGH unter Nr.6.

2) Ein Anspruch gegen die Mutter hätte möglicherweise im Familienrecht, in der GOA oder im Bereicherungsrecht gefunden werden können.

3) Urteil v. 10.11.1970, BGH LM § 164 Nr. 33; die Entscheidung ist auch in NJW 71, 241 ff und MDR 71, 206 ff, abgedruckt; dort fehlen jedoch die hier interessierenden Passagen.

voraussichtlich auch mit dem tatsächlich Betroffenen abgeschlossen haben würde. Zu den Geschäften, welche typischerweise mit dem, den es angeht, abgeschlossen zu werden pflegten, gehöre der auf eine gewisse zeitliche Dauer angelegte Krankenhauspflegevertrag nicht.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Darüber hinaus fehlt es auch an jeglicher Übereinstimmung zwischen den Fakten dieses Falles und den Grundvoraussetzungen des Gfd. Hier soll nicht durch das Handeln einer vertretungsberechtigten, aber im eigenen Namen handelnden Person eine vertragliche Beziehung zu dem Hintermann des "Vertreters" begründet werden, sondern es wird versucht, vermittels eines Gfd die Haftung des "Vertretenen" (Stadt) zu beseitigen und diejenige des "Vertreters" (DRK) zu begründen. Dementsprechend werden die Gesichtspunkte Vertretungsmacht, Vertretungswille und Gleichgültigkeit des Dritten (der Patientin) gar nicht berührt.

7. Im Jahre 1973 bejahte der BGH ein weiteres Mal die Möglichkeit eines obligatorischen Gfd[1]: Der Beklagte hatte als Geschäftsführer zweier offener Handelsgesellschaften, deren Gesellschafter er und seine Schwester waren, einen notariellen Erbbaurechtsvertrag mit der klagenden Kaufhausgesellschaft abgeschlossen. Nachträglich stellte sich heraus, daß die Gesellschaften bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr bestanden und der Beklagte Alleineigentümer

1) Urteil v. 25.5.1973, WM 1973, 869 ff.

der Grundstücke war. In dem Rechtsstreit ging es um Vertragsänderungen, die die Klägerin aus bestimmten vertraglichen Bestimmungen ableiten wollte. Beide Parteien fühlten sich an den Erbbaurechtsvertrag als solchen gebunden.

Voraussetzung der Begründetheit des Änderungsbegehrens war zunächst die Wirksamkeit des notariellen Vertrages zwischen den Parteien. Das OLG hatte diese verneint, da der Beklagte den Vertrag nur als Geschäftsführer der OHG's unterzeichnet habe und eine Umdeutung nicht in Betracht komme. Der BGH rügt die Nichtbeachtung des Umstandes, daß beide Parteien übereinstimmend an dem Erbbaurechtsvertrag festgehalten und ihn als unter sich wirksam behandelt wissen wollten. Angesichts dieses Verhaltens hätte geprüft werden müssen, ob sich daraus nicht ein Rückschluß auf ihre Willensrichtung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ziehen ließe; möglicherweise habe die Frage, in wessen Eigentum sich die Grundstücke damals befanden, keine maßgebliche Rolle gespielt, und das Erbbaurecht sollte auf jeden Fall zu Lasten des Eigentümers - sei dies nun der Beklagte persönlich oder der von ihm vertretenen Gesellschaften - bestellt werden. Für eine solche Absicht der Vertragschließenden könne der Umstand sprechen, daß die Erbbaurechtsbestellung mindestens vom Standpunkt der Klägerin aus kein Geschäft mit höchstpersönlichem Charakter darstelle. Möglicherweise sei auch dem Beklagten allein daran gelegen gewesen, auf der Eigentümerseite für d i e Person aufzutreten, die "es anging"; das sei er selbst gewesen, und zwar hinsichtlich

der g e s a m t e n in Betracht kommenden Grundfläche. Wenn es sich aber tatsächlich, was den Beklagten anbetrifft, um einen Vertragsabschluß "für wen es angeht" gehandelt habe, dann könne, soweit im notariellen Vertrag nicht er, sondern zwei andere Personen als Grundstückseigentümer und Erbbaurechtsbesteller aufgeführt worden seien, eine bloße unrichtige Bezeichnung des von den Beteiligten übereinstimmend Gewollten ("falsa demonstratio") vorliegen, die nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats für die Vertragswirksamkeit unschädlich sei und insbesondere auch nicht gegen das Formgebot des § 313 in Verbindung mit § 11 Abs. 2 ErbbauVO verstoße.

Ähnlich wie in der vorstehenden Entscheidung soll auch hier das Institut des Gfd nicht dazu benutzt werden, den Hintermann eines im eigenen Namen handelnden Mittlers zum Vertragspartner zu machen, sondern vielmehr umgekehrt dazu dienen, den als Vertreter Auftretenden mit der Rolle der Vertragspartei zu versehen. Hinzu kommt, daß die Formbedürftigkeit des Vertrages nach § 313 einer Anwendung der Regeln des Gfd nicht entgegenstehen soll[1]. Schließlich taucht auch hier wiederum der im Vorhergehenden bereits mehrfach bemängelte grundsätzliche Fehler auf: das Gfd läßt als Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip des § 164 nur eine Unsicherheit

---

1) Für § 925 lehnt das AG Hamburg (Beschl. v.13.8.1970, NJW 71, 102) ein dingliches Gfd ab, da eine Unsicherheit über die Person des Vertragspartners nicht mit dem Klarheitserfordernis des § 925 zu vereinbaren sei.

des Dritten über die Person seines Vertragspartners zu. Der Mittler muß wissen, für wen er auftritt, er muß für diesen handeln wollen und auch Vertretungsmacht besitzen. All diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Auch an der Gleichgültigkeit des Dritten (Kläger) fehlt es wiederum; wenn der BGH diese für möglich hält, so geht er von einem falschen Verständnis der Gleichgültigkeit aus. Der Klägerin war die Person, mit der sie den Vertrag abschloß, keineswegs gleichgültig; sie wollte jedenfalls nur mit dem Eigentümer des Grundstückes kontrahieren, denn nur dieser konnte ihr ein Erbbaurecht verschaffen. Gleichgültig war ihr dann möglicherweise nur die Person des Eigentümers, mit dem sie daraufhin kontrahierte (insofern taucht hier derselbe Fehler wie in dem Verpachtungsfall des OLG Celle, s.o.S. 259 f, auf).

Was der BGH mit dem Hinweis auf die falsa demonstratio meint, wird nicht deutlich[1]. Wenn man ein Gfd bejaht, dann ist es grundsätzlich so, daß die Person des im Vertrag Genannten nicht der Vertragspartner ist, sondern eben der Hintermann. Insofern wäre die Erwähnung einer falsa demonstratio überflüssig. Bleibt die Möglichkeit, daß damit die für ein Gfd fehlende Vertretungsmacht und der Vertretungswille geschaffen werden sollen. Dies kann jedoch eine falsa demonstratio nicht leisten. Sie dient nur dazu, eine Willenserklärung gegen ihren Wortlaut im Sinne des Gewollten auszulegen, wenn der Empfänger das Gewollte richtig verstanden hat[2].

---

1) Möglicherweise soll sie nur der Ausschaltung des § 313 dienen.

2) Medicus, Rdz. 124.

Somit können also auch nicht über eine falsa demonstratio die fehlenden Voraussetzungen eines Gfd geschaffen werden[1].

Mag auch das vom BGH angestrebte Ergebnis wünschenswert erscheinen, die Figur des Gfd, in ihrem bisherigen Verständnis als Ausnahme des Offenkundigkeitsprinzips, kann zu seiner Begründung nicht herangezogen werden.

8. Das OLG Hamburg bejaht ein obligatorisches Gfd in folgendem Fall[2]: Der Kläger verlangt von dem Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Schiffschartervertrages. Der Beklagte wendet ein, nicht er, sondern der Reeder, für den er gehandelt habe, sei Vertragspartner des Klägers geworden.

Das Gericht legt dar, daß es den Beteiligten nur auf Art, Größe, Verfügbarkeit des Schiffes und auf die Frachtrate angekommen sei, nicht dagegen auf die Person des Verfrachters. Bei einem Chartervertrag komme es vielfach zunächst auf die Entscheidung der Person des Verfrachters ...

---

1) Außerdem ist bezüglich der falsa demonstratio noch folgendes zu bemerken: der BGH stützt sich auf einige alte Entscheidungen (BGH v. 23.6.1967, WM 67, 701 f; v. 14.7.1969, WM 1969, 1169; v. 21.5.1971, WM 1971, 1084 f). Diesen Urteilen lagen aber Sachverhalte zu Grunde, in denen es um Fehler bezüglich der Grundstücksbezeichnung oder -größe ging. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob diese Fälle den Fallkonstellationen, in denen es um die Person des Vertragspartners geht, gleichgestellt werden können.

2) Urteil v. 22.5.1975, VersR 1976, 165.

an, "rechtlich ... sind dies, auch wenn es sich nicht um sogenannte Geschäfte des täglichen Lebens handelt, Fälle von Geschäften mit demjenigen, den es angeht." Ein paar Sätze später wird dann allerdings angemerkt, es unterliege keinem Zweifel, daß die Beklagte nur als Agentin des Verfrachters aufgetreten sei[1]. Auch der Kläger habe dies erkennen können.

Damit handelt es sich in diesem Fall gar nicht um ein echtes Gfd, sondern allenfalls um ein sogenanntes offenes Gfd, welches hier nicht erörtert werden soll.

C. Kritik des obligatorischen Gfd

1. Fehlverständnis des Gfd durch die Rechtsprechung

Neben der Kritik an den Urteilen im einzelnen fällt bei einer Gesamtbetrachtung der Rechtsprechung noch folgendes auf: In keinem Urteil, außer in der Entscheidung des RG, wird eine Anwendung des Gfd diskutiert, um dem Hintermann einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten zu geben. In einer Entscheidung (Fall Nr. 6) wird zwar die Anwendung eines Gfd aus dem Interesse des Hintermannes erwogen; dabei geht es aber nicht darum, ihm einen Anspruch gegen den Dritten zu gewähren, sondern das Gfd soll umgekehrt dazu dienen, einem gegen ihn geltend gemachten Anspruch die Grundlage zu entziehen. In allen anderen Fällen (Nr. 2, 3, 4, 5, 7) wird ein Gfd aus dem Interesse des

1) a.a.O., S. 165.

Dritten heraus in Erwägung gezogen. Rümelin und v. Lübtow haben aber in ihren oben angesprochenen Aufsätzen[1] wohl kaum daran gedacht, das obligatorische Gfd zugunsten des Dritten anzuwenden. Sie gingen vielmehr in Parallelität zu den Fällen des dinglichen Gfd, in denen es auf den unmittelbaren Eigentumserwerb des Hintermannes ankommt, auch bezüglich des obligatorischen Gfd davon aus, daß dieses dazu dienen soll, dem Geschäftsherrn einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten zu verschaffen, damit ein Zugriff der Gläubiger des Mittlers auf die Forderung gegen den Dritten verhindert wird. Auch die übrigen Befürworter eines obligatorischen Gfd lassen keine davon abweichende Einstellung erkennen. Dennoch ist in der Praxis eine Abwendung von diesem Ausgangspunkt - Verschaffung eines direkten Anspruchs des Geschäftsherrn gegen den Dritten - hin zu der Situation, in der das Interesse des Dritten den Anlaß für die Diskussion des Gfd bildet, zu erkennen. Parallel zu dieser Tendenz wird eine Abkehr von dem dogmatischen Grundmuster des Gfd sichtbar. So wird die Frage nach der Vertretungsmacht und dem Vertretungswillen des Mittlers meistens nicht gestellt. Dies zeigt ebenso wie die fehlerhafte oder überhaupt nicht vorhandene Diskussion der Gleichgültigkeit des Dritten, daß sich das obligatorische Gfd von seinem Ausgangspunkt im Stellvertretungsrecht - nämlich als Ausnahme des Offenkundigkeitsgrundsatzes - weg entwickelt. Dieses Institut scheint statt dessen als ein allgemeiner Billigkeitstatbestand ver-

---

1) s.o.S. 251 ff.

standen zu werden, der es ermöglicht, einem Vertragspartner (dem Dritten) statt seines ursprünglichen Vertragsgegners einen anderen leistungsfähigen Schuldner zu verschaffen. Ein solches Verständnis des Gfd, für welches jede Begründung fehlt, ist abzulehnen.

(Der Grund für eine solche fast unbemerkte Entwicklung mag darin liegen, daß der Begriff "Geschäft, für wen es angeht" keinerlei Beziehung zu einem Vertretungstatbestand erkennen läßt; daraus mag sich die Versuchung ergeben haben, den Begriff ohne seinen Hintergrund - den Vertretungstatbestand - zu sehen und ihn zu verselbständigen. Auf diese Art und Weise mag das Gfd als ein Werkzeug verstanden worden sein, das die Zuordnung von Vertragsparteien nach dem allgemeinen Zweckmäßigkeitskriterium des "wen es angeht" ermöglicht.

2. Fehlendes Bedürfnis

Das Institut des obligatorischen Gfd setzt sich über das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 Abs. 1 hinweg. Angesichts dieser "Rechtsüberschreitung" sollte man meinen , daß zunächst einmal - abgesehen von den dogmatischen Begründungen des Gfd - ein starkes Bedürfnis vorhanden war, welches nur durch die Schaffung dieses Instituts befriedigt werden konnte[1]. Ein derartiges Bedürfnis ist aber an der bisher zum obligatorischen Gfd ergangenen Recht-

1) Flume, § 44 II 2b, und Emmerich-Tempel, § 2 III, verneinen ein solches Bedürfnis ohne nähere Begründung.

sprechung nicht ablesbar. Denn die obige Erörterung aller zum obligatorischen Gfd bisher ergangenen Urteile hat gezeigt, daß entweder ein Gfd im Einzelfall nicht zugelassen wurde oder daß die Fälle - wenn ein Gfd bejaht wurde - falsch entschieden wurden.

Betrachtet man die Frage des Bedürfnisses für ein obligatorisches Gfd losgelöst von den konkreten Fällen, die die Rechtsprechung entschieden hat, so stellt sich das Problem wie folgt dar: ergibt sich aus der Sicht des Dritten oder/und des Geschäftsherrn eine Notwendigkeit für einen direkten Anspruch?

Was zunächst die Position des Dritten anbelangt, so wurde bereits mehrfach festgestellt, daß aus dessen Sicht keinerlei Bedürfnis für einen direkten Anspruch gegen den Hintermann besteht. Da der Mittler im eigenen Namen auftrat, konnte der Dritte nur auf dessen Leistungsfähigkeit vertrauen und muß sich auch auf dieses Vertrauen verweisen lassen. (Dennoch war seine Stellung in einigen Fällen besser, als wenn der Mittler im eigenen Interesse kontrahiert hätte; dabei handelte es sich aber nur um eine Art Reflexwirkung der Rechtsstellung des Geschäftsherrn[1].)

Den Befürwortern eines obligatorischen Gfd schwebt offenbar vor, daß in der Position des Geschäftsherrn ein Bedürfnis für das Institut des Gfd besteht. Dieser Überlegung muß aber sofort die allgemein anerkannte Möglichkeit der Vorausverfügung entgegengehalten werden. Wenn man schon den Mittler für fähig ansieht, di-

---

1) s. dazu o.S. 198 ff.

rekte vertragliche Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn zu begründen, dann muß man der Rechtsbeziehung zwischen dem Mittler und dem Geschäftsherrn auch als ein "Weniger" die Vereinbarung einer Vorauszession entnehmen können. Ein Unterschied zu einem obligatorischen Gfd kann sich damit aus der Sicht des Geschäftsherrn nur noch in den wenigen Fällen ergeben, in denen ein Beschlag der Forderung des Mittlers gegen den Dritten durch Gläubiger des Mittlers davon abhängt, ob man einen Durchgangs- oder Direkterwerb des Geschäftsherrn annimmt[1]. Nur wenn man bei einer Vorausverfügung einen Durchgangserwerb bejaht, kann die Annahme einer Vorauszession nicht die Funktion der Abwehr der Gläubiger des Mittlers erfüllen.

Zusammengefaßt kann also nur bezüglich dieser letzten, sehr seltenen Fallkonstellation ein Bedürfnis für ein obligatorisches Gfd aus dem Interesse des Geschäftsherrn erkannt werden[2].

---

1) Vgl. die ausführliche Diskussion dieser Frage bei Serick (IV), § 47 IV.

2) Ebenso muß ein Bedürfnis für ein dingliches Gfd - zur Begründung eines Eigentumserwerbs des Geschäftsherrn - in Zweifel gezogen werden; denn dessen Erwerb ist auch durch ein Insichgeschäft des Mittlers möglich (so argumentieren auch viele alte Entscheidungen, die einen Direkterwerb annehmen, bezeichnenderweise alternativ: RG v. 17.12.1892, RGZ 30, 141; OLG Celle v. 31.1.1893, SeuffA 49, 398; RG v. 3.2.1903, Gruchot 47, 987; RG v. 11.6.1920, RGZ 99, 208; RG v. 3.12.1923, SeuffA 78, 273; unklar RG v. 4.4.1933, RGZ 140, 223). Damit verbleiben nur noch wenige Fälle, in denen ein Bedarf für ein dingliches Gfd zu bestehen scheint. Unterschiedliche Ergebnisse können sich im Zivilrecht nur dann ergeben, wenn man einen Durchgangserwerb des Mittlers annimmt (der Gegensatz Direkt -/Durchgangserwerb wird

(Fortsetzung dieser Fußnote s. nächste Seite)

3. Die Gleichgültigkeit

a) Grundsätzliche Bedenken

Wenn es sich um ein echtes Gfd handelt, muß die Gleichgültigkeit des Dritten regelmäßig aus den Umständen entnommen werden. Bei Kreditgeschäften und bei gegenseitigen Verträgen, in denen die Leistungen noch nicht ausgetauscht sind, liegt eine solche Gleichgültigkeit zumeist nicht vor. Deswegen formulieren auch fast alle diejenigen, die das obligatorische Gfd bejahen, sehr vorsichtig, i.d.R. könne nur bei Bargeschäften des täglichen Lebens davon ausgegangen werden, daß dem Dritten die Person seines Vertragspartners gleichgültig sei.

Die Möglichkeit einer konkludenten Gleichgültigkeitsvereinbarung, welche von Rümelin angenommen wird[1)], begegnet jedoch grundsätzlichen Bedenken.

Jede rechtsgeschäftliche Erklärung kann auch konkludent abgegeben werden. Deswegen erscheint es an sich einleuchtend, daß der Dritte sich nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend damit einverstanden erklären kann, daß die Person des Vertretenen nicht genannt

---

(Fortsetzung der Fußnote[2)] der vorherigen Seite) von Kupisch, JZ 76, 417 ff, mit sehr beachtlichen Argumenten angegriffen.) Das strafrechtliche Bedürfnis, eine Bestrafungsmöglichkeit des Mittlers nach § 246 StGB zu schaffen (vgl. die vielen strafrechtlichen Urteile zu dieser Problematik: RG v. 7.10.1889, RGSt 19, 429; v. 2.5.1893, RGSt 24, 146; RMG v. 8.4.1904, RMG 7, 64; RMG v. 18.3.1911, RMG 16, 3; RG v. 9.12.1919, RGSt 54, 185) genügt jedenfalls nicht. Es ist Aufgabe der Strafrechtsprechung und Strafrechtswissenschaft und nicht des Zivilrechts, hier Abhilfe zu schaffen.

1) s.o.S. 252 f.

wird. Wenn eine konkludente Willenserklärung angenommen wird, so geschieht dies in der Weise, daß aus einem bestimmten Handeln oder Verhalten auf einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen geschlossen wird. Mittels der Konkludenz wird auf diese Weise dort eine Willenserklärung geschaffen, wo es an einer ausdrücklichen Erklärung f e h l t . Hier mangelt es aber gerade nicht an einer Willenserklärung, denn der Dritte bringt zum Ausdruck, mit dem Mittler abschließen zu wollen. Denn immer dann, wenn zwischen zwei Verhandlungspartnern keine besondere Vereinbarung getroffen wird, ist es selbstverständlich, daß der Verhandlungspartner auch als Vertragspartner angesehen wird. Eine konkludente Gleichgültigkeitsvereinbarung ist deswegen nicht möglich. Die Ansicht von Rümelin führt dazu, daß das Mittel der Konkludenz nicht dazu benutzt wird, eine ausdrückliche Willenserklärung zu ersetzen, sondern dazu mißbraucht wird, eine vorhandene Willenserklärung umzuändern.

Hinzu kommt folgendes: Die Annahme einer konkludenten Abmachung im Rahmen eines ausdrücklich geschlossenen Vertrages muß entweder an den Inhalt des Vertrages als solchen und an ein entsprechendes Interesse beider Vertragspartner oder an das Interesse nur einer Partei anknüpfen; letzterenfalls muß dieses einseitige Interesse dem Vertragsgegner aber erkennbar sein. Denn nur auf diese Weise kann ein Widerspruch zum Grundsatz der Parteiautonomie vermieden werden. Jeder Vertragspartner muß die Mög-

lichkeit haben, einer Unterstellung von konkludent getroffenen Abreden vorab durch Vereinbarung entsprechender ausdrücklicher Abreden begegnen zu können. Diese Möglichkeit ist ihm aber nur dann eröffnet, wenn er auf Grund des Vertrages und der Interessen der Vertragsbeteiligten die "Gefahr" einer konkludenten Abrede erkennen kann. Diesen Anforderungen wird die Annahme einer stillschweigenden Gleichgültigkeitsabrede nicht gerecht. Nicht ein Interesse der Vertragsbeteiligten (Mittler und Dritter) bildet die Grundlage für die Unterstellung der Gleichgültigkeitsvereinbarungen, sondern das Interesse des Hintermannes. Für den Dritten besteht kein Anlaß zu vermuten, daß eine vertragliche Bindung zu dem Mittler nicht vorhanden ist. Er wird deswegen, auch wenn er den Willen hat, nur mit dem Mittler zu kontrahieren, nicht auf die Idee kommen, dessen Vertragsparteieigenschaft durch eine entsprechende ausdrückliche Abrede sicherzustellen.

Neben den vorstehend aufgeführten grundsätzlichen Bedenken gibt es aber auch noch ganz konkrete Gesichtspunkte, die dagegen sprechen, daß dem Dritten die Person seines Vertragspartners gleichgültig ist. So wird die Person des Geschäftsgegners nach durchgeführtem Vertragsabschluß dann wieder wichtig, wenn Störungen auftreten, etwa weil ein Vertragspartner anfechten oder Mängelrechte geltend machen will. Insofern hat Flume zu Recht darauf hingewiesen, daß die Gleichgültigkeit des Dritten von der nachträglichen Entwicklung des Rechtsverhältnisses

abhänge[1]. Bei der Anfechtung hat Thiele vorgeschlagen, dadurch zu helfen, daß einerseits der Geschäftsherr anfechtungsberechtigt sein und andererseits eine Anfechtungserklärung des Dritten gegenüber dem Mittler ausreichen soll[2]. Dies hieße, eine Ausnahme (das Gfd) wiederum durch eine Ausnahme zu korrigieren und dadurch eine weitere Verkomplizierung herbeizuführen.

Was die Gewährleistungsrechte anbelangt, so taucht hier dasselbe Problem auf wie bei der undisclosed agency. Bei einem Einkauf des Dritten stellt sich die Frage, inwieweit ihm zugemutet werden kann, auf die Gewährleistung einer ihm fremden Person (des Geschäftsherrn) angewiesen zu sein. Abgesehen von der amerikanischen Grundstücksrechtsprechung wird dieses Problem auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis weitgehend übersehen[3]. Während man aber bei der undisclosed agency möglicherweise noch damit helfen kann, daß man dem Dritten gestattet, entsprechend seiner grundsätzlichen Alternativberechtigung (er kann den Mittler oder den Geschäftsherrn als Schuldner erwählen) auch die Gewährleistungsrechte gegenüber dem Mittler geltend zu machen, scheidet diese Möglichkeit bei der Annahme eines obligatorischen Gfd aus. Denn dieses führt aus-

---

1) § 44 II 1 e, ebenso Emmerich-Tempel, § 2 III; beide lehnen ein Gfd ab. Lüderitz (JuS 1976, 765) weist zwar auch darauf hin, daß die Person des Gewährleistungsschuldners nicht belanglos ist, zieht daraus aber nicht die Konsequenz, die Möglichkeit eines Gfd zu verneinen.

2) S. 207.

3) s. dazu o.S. 111 ff.

schließlich zu einer vertraglichen Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn.(Der Grund, warum dieser Gesichtspunkt im deutschen Recht bisher kaum beachtet wird, mag darin liegen, daß man im Anschluß an das dingliche Gfd, bei dem es immer um einen direkten Eigentumserwerb des Geschäftsherrn geht, auch beim obligatorischen Gfd nur an einen Verkauf des Dritten denkt. Bei dieser Fallkonstellation taucht das Problem der Gewährleistungsrechte aber nicht auf. Denn die Möglichkeit einer Abtretung der Gewährleistungsansprüche zeigt, daß dem Dritten ein Wechsel der Gläubiger grundsätzlich zugemutet wird.)

b) Die sog. Geschäfte des täglichen Lebens

Bedenken der vorgeschilderten Art mögen der Grund dafür sein, warum die h.M. davon spricht, daß nur bei Geschäften des täglichen Lebens von einer Gleichgültigkeit des Dritten ausgegangen werden könne.

Hier drängt sich zunächst der Verdacht auf, daß man mittels des Instituts des Gfd eine juristische Erklärung liefern will für Fälle, in denen es doch nie zu einem Streit kommen wird. Die Situation des Einkaufs von Artikeln des täglichen Bedarfs durch einen mittelbaren Stellvertreter wird kaum je zu einem Rechtsstreit zwischen dem Geschäftsherrn und den anderen Gläubigern des Mittlers über die dabei entstehenden Forderungen führen. Dasselbe gilt für andere "einfache Fälle", in denen die Leistungen sofort ausgetauscht werden. Denn wenn Vertragsschluß und Erfüllung zeitlich praktisch

zusammenfallen, bleibt i.d.R. gar keine Zeit übrig, in der um die Forderung überhaupt gestritten werden könnte. Gerade die Geschäfte des täglichen Lebens sind also für die Anwendung eines obligatorischen Gfd völlig ungeeignet.

So steht man hier also vor der paradoxen Situation, daß ein Institut nach der Theorie im wesentlichen nur auf Fälle Anwendung finden soll, in denen es gar keine konfliktschlichtende Funktion übernehmen kann.

Schließlich spricht auch die Unfaßbarkeit des Begriffs "Geschäft des täglichen Lebens" gegen ihn. Indem diese Formulierung praktisch die konkrete Feststellung der Gleichgültigkeit des Dritten ersetzen soll, wird sie anstatt der Gleichgültigkeit zum Tatbestandsmerkmal. Als solches muß es aber genügend bestimmt sein. Der Begriff "Geschäft des täglichen Lebens" heißt nichts anderes als "einfaches Geschäft". Daß dieser Ausdruck kein taugliches Abgrenzungskriterium bildet, hat der BGH richtigerweise in einem anderen Zusammenhang dargelegt; gemeint ist die Frage, ob eine partielle Geschäftsunfähigkeit anzuerkennen ist, welche sich nur auf schwierige Geschäfte bezieht, einfache Geschäfte aber in ihrer Wirksamkeit nicht tangiert. In ständiger Rechtsprechung wird eine solche Abgrenzung für unzulässig gehalten, da auf dieser Grundlage eine klare Grenzziehung nicht möglich sei. Dies führe zu einer für den Rechtsverkehr

schwer erträglichen Rechtunsicherheit[1]. Die Richtigkeit dieser Befürchtungen wird gerade an der Rechtsprechung zum Gfd deutlich. Denn sie handhabt dieses Kriterium sehr unterschiedlich. Während einige Urteile die Beschränkung des Gfd auf Geschäfte des täglichen Lebens erwähnen[2], halten andere Entscheidungen eine Gleichgültigkeit des Dritten für möglich und ziehen die Anwendung eines obligatorischen Gfd in Betracht, obwohl der konkrete Vertragswert den Rahmen eines Geschäftes des täglichen Lebens sicherlich überschreitet[3]. In dem Urteil des OLG Hamburg[4], in dem es allerdings nur um ein sogenanntes offenes Gfd geht, wird dann sogar ein Schiffs-Chartervertrag mit der ausdrücklichen Nebenbemerkung, daß es sich dabei nicht um ein Geschäft des täglichen Lebens handele, als Gfd qualifiziert.

---

1) BGH v. 14.7.1953, NJW 53, 1342; v. 19.10.1960, NJW 61, 261; v. 19.6.1970, NJW 70, 1680; v. 2.10.1970, WM 70, 1366; v. 23.10.1975, WM 75, 1280.

2) OLG Celle v. 15.6.1949, Nied.Rpfl. 1950, 121 f; BGH v. 21.12.1954, NJW 1955, 587 ff; etwas undeutlich: BGH v. 10.11.1970, BGH LM § 164 Nr. 33.

3) OLG Celle v. 27.4.1951, MDR 1951, 612 (Hofpachtvertrag); LG Berlin v. 16.2.1961, NJW 1961, 973 (Krankenhauspflegevertrag); BGH v. 25.5.1973, WM 1973, 869 ff (Erbbaurechtsvertrag). Auch bei einem dinglichen Gfd hat sich die Rechtsprechung nicht auf Geschäfte des täglichen Lebens beschränkt; vgl. z.B.: RG v. 3.2.1903, Gruchot Bd. 47, 978 (Warenlager); RG v. 11.6.1920, RGZ 99, 208 (zwei Pferde); RG v. 2.11.1920, RGZ 100, 190 (Möbel im Werte von 12.000,- RM); RG v. 3.12.1923, SeuffA 78, 273 (=RG Warn Rspr. 1925, S.38 Nr. 27) (eine Herrenzimmereinrichtung, eine Schlafzimmereinrichtung und eine Anzahl von Beleuchtungskörpern); OLG Celle v. 11.5.1954, NJW 55, 671 (= MDR 54, 545) (Möbel im Werte von ungefähr 2.000,- DM); BGH v. 12.2.1959, WM 59, 561, 563 (Schweinedärme im Werte von 22.213,50 DM). Nur das OLG Stuttgart lehnte in einer Entscheidung (v. 21.6.1950, NJW 1951, 445) ein dingliches Gfd wegen eines Sachwertes von 90.000,- DM ab.

4) v. 22.5.1975, VersR 1976, 165.

c) Fehlerhafte teleologische Reduktion

Larenz hat zum dinglichen Gfd bemerkt, es müsse Bedenken erwecken, daß die Person dessen, der Eigentümer werde, davon abhängen solle, für wen der Käufer das Eigentum erwerben wolle. Der nicht geäußerte, lediglich "innere Wille" könne hier, wie sonst, keine Rechtsfolgen herbeiführen[1].

Auch Tempel begründet seine Ablehnung des Gfd damit, daß das Abstellen auf den inneren, nach außen nicht hervorgetretenen Willen des Mittlers zu erheblichen Beweisschwierigkeiten und der Gefahr späterer Manipulationen zum Nachteil Dritter führe[2].

Diesen Überlegungen liegt ein berechtigter Kern zu Grunde. Die heute wohl h.M. folgt in der Begründung des Gfd nicht der Theorie der stillschweigenden Vereinbarung über die Gleichgültigkeit von Rümelin, sondern der Ansicht v. Lübtows, daß hier zwar ein Verstoß gegen § 164 Abs. 1 vorliege, dieser aber ausnahmsweise zulässig sei.

Rechtstechnisch handelt es sich dabei um eine sogenannte teleologische Reduktion; die Formulierung des Gesetzes wird, gemessen an seinen Zielvorstellungen, als zu weit befunden und

---

1) (Allgem. Teil), § 30 II S. 526.

2) Emmerich-Tempel, § 2 III S. 226.

deswegen auf gewisse Fälle, die an sich dem Wortlaut der Vorschrift unterfallen, nicht angewandt. Da § 164 Abs. 1 angeblich nur den Dritten schützen will, kommt die Vorschrift nicht zur Anwendung, wenn dieser keines Schutzes bedarf, weil ihm die Person seines Geschäftspartners gleichgültig ist (Canaris bezeichnet das Institut des Gfd als den Prototyp einer teleologischen Reduktion[1]).

Eine teleologische Reduktion knüpft an die Vorstellungen des Gesetzgebers an. Die Motive zum Vertretungsrecht begnügen sich mit dem Hinweis, daß das Handeln im Namen eines anderen zum Wesen der Vertretung gehöre, die sogenannte mittelbare Stellvertretung sei juristisch betrachtet kein Fall der Vertretung[2].

Liest man nur dies, könnte man tatsächlich auf den Gedanken kommen - obwohl es nicht ausgesprochen wird -, allein die Interessen des Dritten verböten eine mittelbare Stellvertretung.

Es gibt jedoch - wie schon oben dargelegt[3] - noch eine andere Stelle in den Protokollen des BGB, die sich intensiv mit dem Problem der mittelbaren Stellvertretung beschäftigt. Bei der Erörterung der Frage, ob im Auftragsrecht eine dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechende Vorschrift aufgenommen werden soll, ist der abgelehnte Entwurf einer ausführlichen Vorschrift

---

1) (Lücken), § 147 S. 153.

2) Mot. Bd. I S. 223.

3) S. 157 f.

wiedergegeben, die eine Anerkennung der mittelbaren Stellvertretung beinhaltet[1]. Wegen der Interessen der Gläubiger des Mittlers und wegen Beweisschwierigkeiten wurde es abgelehnt, die handelsrechtliche Relativierung der Forderung des Mittlers gegen den Dritten ins BGB zu übernehmen.

Die Interessen des Dritten würden durch eine solche Forderungsrelativierung in keiner Weise berührt, da der Mittler sein alleiniger Vertragspartner bleibt. Daß der Gesetzgeber dennoch unter Hinweis auf die Nichtanerkennung der mittelbaren Stellvertretung und auf die schutzwürdigen Interessen der Gläubiger des Mittlers und wegen zu befürchtender Beweisschwierigkeiten eine solche Regelung ablehnte, zeigt, daß das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 nicht nur aus dem Interesse des Dritten seine Berechtigung erfahren soll. Es kommen vielmehr noch zwei weitere Gesichtspunkte hinzu; nämlich einmal ein Schutz der Gläubiger des Mittlers und zum anderen die Beweiserleichterung, welche die Norm des § 164 insofern zu einer Art Formvorschrift macht: Ein den "Vertretenen" bindendes Rechtsgeschäft setzt voraus, daß der "Vertreter" sich der Form des "Im Fremden Namen Handelns" bedient. Damit zeigt sich, daß der Schutz des Dritten nur einer von drei verschiedenen Schutzzwecken des Offenkundigkeitsprinzips ist. Eine teleologische Reduktion, die nur an einen dieser Gesichts-

1) Prot. Bd. II S. 360 Fn. 1; der erste und letzte Absatz der geplanten Norm sind o.S.156 Fn.4 bzw. S.212 Fn.2 wiedergegeben.

punkte, nämlich die Gleichgültigkeit des Dritten, anknüpft, geht deswegen von falschen Voraussetzungen aus und kann die Zulässigkeit eines obligatorischen Gfd nicht begründen.

Wenn man allerdings eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB bejaht und damit die anderen beiden Funktionen des Offenkundigkeitsprinzips übergeht, erscheint eine teleologische Reduktion möglich (die Probleme bezüglich der Gleichgültigkeit bleiben aber auch dann bestehen). Eine solche Analogie wurde aber oben zusammen mit der absolut h.M. als unzulässig verworfen[1]. Damit muß zwangsläufig auch dem Institut des obligatorischen Gfd die Anerkennung versagt werden.

Über den Zusammenhang zwischen dem Problem einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB einerseits und dem obligatorischen Gfd andererseits scheint sich die h.M. nicht im klaren zu sein, denn die Verneinung einer solchen Analogie hindert sie nicht, das obligatorische Gfd grundsätzlich anzuerkennen[2].

---

1) s.o.S. 160 ff.

2) Es sei angemerkt, daß der Vorwurf einer fehlerhaften teleologischen Reduktion das dingliche Gfd genauso trifft. Denn die mit einem direkten Eigentumserwerb des Geschäftsherrn verbundene Verneinung einer Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger des Mittlers steht im Widerspruch zu den Motiven. Dort war nicht nur der Vorschlag, die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB ins BGB zu übernehmen, abgelehnt worden, sondern man hatte auch - ebenfalls aus dem Grunde, die Gläubiger des Mittlers zu schützen - einen Antrag zurückgewiesen, der darüber hinaus eine relative Eigentumszuständigkeit der von dem Mittler für den Geschäftsherrn erworbenen Sachen vorsah (Prot. Bd. II S. 360 ff). Eine solche Erweiterung des § 392 Abs. 2 HGB wird von der h.M. auch heute noch für unzulässig gehalten (z.B. (meist geht es nur um eine entsprechende Anwendung innerhalb des HGB): Cohn, S. 168 Fn. 3; Düringer-Hachenburg, § 392 Anm. 22; v. Gierke, S. 706; Heymann-Kötter, § 392 Anm. 3; Kötz, S. 148;

(Fortsetzung dieser Fußnote s. nächste Seite)

Die Fehlerhaftigkeit der teleologischen Reduktion kann auch nicht damit widerlegt werden, daß bei der grundsätzlich zulässigen Vorauszession die Interessen der Gläubiger auch keine Berücksichtigung fänden. Dieser Umstand wäre nur dann von Bedeutung, wenn die Zulässigkeit der Vorauszession sich erst nach dem Inkrafttreten des BGB in bewußter Gegnerschaft zu den in den Motiven wiedergegebenen Gedanken herausgebildet hätte. Es wurde aber bereits oben darauf hingewiesen, daß dies nicht der Fall ist; die Zulässigkeit der Vorauszession war vor Inkrafttreten des BGB anerkannt[1].

(Fortsetzung der Fußnote der vorhergehenden Seite)

Lippmann, S. 158; Nußbaum, S. 40 f; Petri, AcP 111 (1914), 388; Ritter, § 392 Anm. 12; Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Anm. 2; Schönke-Bauer, § 44 A II 4; Schuler, JuS 72, 52; Siebert, S. 337 ff; Weckerle, S. 32 ff; a.A.: Avancini, S. 1 ff; Bruns, S. 7 Fn. 1; Hartmann, S. 106 Fn. 51; Janz, S. 27, 53 f; Kleinrahm, S. 102; v. Lübtow, ZfHK 112 (1949) S. 262 f; Regelsberger, JhJ 44 (1902) 420; ders., JhJ 58 (1911), 167 f; Rühl, S. 44 f; Schless, S. 79 ff; Schmidt-Rimpler, S. 938 ff; Wüstendörfer, AcP 110 (1913) S. 365 f; einer entsprechenden Anwendung zuneigend: Capelle (Handelsrecht), S. 122). Der unlösbare Widerspruch zwischen Zulassung des dinglichen Gfd einerseits und Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB auch auf die von einem Mittler für den Geschäftsherrn erworbenen Vermögensgegenstände andererseits wird nicht erkannt. Typisch hierfür ist, wie z.B. Kötz zunächst die Möglichkeit eines dinglichen Gfd bejaht (S. 146), dann aber zwei Seiten weiter eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB ablehnt (S. 148). Ähnlich widersprüchlich ist auch die Bejahung der Möglichkeit eines dinglichen Gfd einerseits und die Verteidigung des Unmittelbarkeitsprinzips andererseits (so die h.M.; vgl. z.B. Serick: Bd. II, § 21 III 4 und Bd. IV, § 53 II 1 a einerseits; Bd. IV, § 43 III 2,andererseits).

1) Vgl. die in dem Urteil des RG v. 29.9.1903, RGZ 55, 334, angesprochene alte Entscheidung, s. dazu o.S. 167 Fn.2.

Das Spannungsverhältnis zwischen grundsätzlicher Ablehnung der mittelbaren Stellvertretung einerseits und Anerkennung der Vorauszession andererseits bestand also schon zur Zeit der Entstehung des BGB. Dies heißt aber, daß die ablehnende Haltung des Gesetzgebers gegenüber der mittelbaren Stellvertretung nicht als durch eine nachträgliche Entwicklung überholt angesehen werden kann. Die Anerkennung der Vorauszession spricht deswegen nicht für die Zulassung eines obligatorischen Gfd[1].

---

1) Es läge vielmehr umgekehrt nahe, aus den Motiven zu der Problematik einer entsprechenden Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB im Zivilrecht eine Einschränkung der allgemeinen Zulässigkeit der Vorausabtretung abzuleiten. Zur Wirksamkeit der Vorauszession wird verlangt,daß die abgetretene Forderung im Augenblick ihrer Entstehung bestimmbar ist (so z.B. BGH v. 25.10. 1952, BGHZ 7, 367; BGH v. 9.6.1960, BGHZ 32, 369).Diese Bestimmbarkeit ist immer dann gegeben, wenn es sich um die Forderung handelt, welche durch den Verkauf einer fremden Sache entsteht. Das Sicherungsbedürfnis des Eigentümers dürfte auch den Hauptanwendungsfall der Vorausabtretung bilden (Prototyp: verlängerter Eigentumsvorbehalt). Gerade in dieser Situation des Verkaufs einer bestimmten fremden Sache greifen aber, wie oben dargelegt (s.o.S. 192 ff), die in den Motiven angeführten Gründe nicht ein, es bestehen keine Manipulationsgefahren, da man nicht, wie bei einem Einkauf, nur auf den inneren Willen des Mittlers angewiesen ist. Deswegen läge die Folgerung nahe, die Zulässigkeit der Vorauszession auf die Fälle des Verkaufs einer fremden Sache zu beschränken und nur bei einem Verkauf, niemals aber bei einem Einkauf die notwendige Bestimmbarkeit anzunehmen. Auf diese Weise wäre das sich aus den Motiven ergebende Spannungsverhältnis zwischen der Zulässigkeit der Vorauszession einerseits und der Ablehnung einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB und der daraus zwangsläufig resultierenden Ablehnung auch des obligatorischen Gfd andererseits aufgelöst. Folgt man dieser Einschränkung der Zulässigkeit der Vorauszession, ändert sich natürlich das obige Argument des fehlenden Bedürfnisses für ein obligatorisches Gfd wegen der Möglichkeit der Vorauszession; in den Fällen, in denen nun eine Vorauszession nicht möglich ist, besteht zwar möglicherweise ein Bedürfnis des Geschäftsherrn für ein Gfd, dieses ist jedoch nicht anerkennenswert.

Faßt man die Erörterungen zu einem obligatorischen Gfd zusammen, so muß festgestellt werden, daß es für ein solches Institut weder ein Bedürfnis noch eine überzeugende dogmatische Begründung gibt.

ZUSAMMENFASSUNG UND VERGLEICHENDE WÜRDIGUNG

I.

Die undisclosed agency des anglo-amerikanischen Rechtes steht in einem gewissen Widerspruch zur Vertragsfreiheit, da sie eine vertragliche Beziehung zwischen dem Dritten und dem ihm unbekannten Geschäftsherrn bejaht. Dieses Institut wird deswegen heute allgemein als eine Anomalie bezeichnet. Das Spannungsverhältnis zur Vertragsfreiheit und der Umstand, daß sich die undisclosed agency scheinbar sehr plötzlich und fast ohne jede Begründung etablierte, haben die Rechtsprechung vereinzelt, insbesondere aber die Literatur nach einer Erklärung suchen lassen. Eine befriedigende Antwort konnte jedoch noch nicht gefunden werden. Dabei wird die Entwicklung durchaus verständlich und nachvollziehbar, wenn man sich - angeregt durch eine vergleichende Betrachtung des deutschen Rechtes - einige Gedanken zur historischen Entwicklung und zum Verhältnis von offener und verdeckter Stellvertretung macht.

Zunächst ist von Bedeutung, daß in früheren Zeiten, als nur wohlhabende Leute sich ihrer Untergebenen und Diener als Vertreter bedienten, zumeist aus den Umständen erkennbar war, für wen diese handelten. Weiterhin muß man sich darüber im klaren sein, daß die Alternative zur Gleichstellung von mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung die Annahme von zwei getrennten Rechtsbeziehungen ist. Diese beiden Konzepte

erscheinen sehr unterschiedlich. Von einander abweichende Ergebnisse treten aber in erster Linie nur dann auf, wenn der Leistungsaustausch im Bereich des Mittelsmannes gestört wird. So sind es vornehmlich zwei Problembereiche, die den Unterschied der beiden Konzepte verkörpern: können der Dritte und der Geschäftsherr sich auf Einwendungen aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler berufen und genießen sie Vorrang vor den Gläubigern des Mittlers? Solche Streitfälle, die sich aus der Person des Mittelsmannes ergeben, treten aber erst dann auf, wenn dieser in eigener Verantwortlichkeit am allgemeinen Rechtsverkehr teilnimmt und damit seine Abhängigkeit und die Person seines Auftraggebers nicht immer ohne weiteres erkennbar sind. Diese Voraussetzungen waren aber erst gegeben, als mit Zunahme des allgemeinen Handelsverkehrs auch selbständige Händler als "Vertreter" benutzt wurden. So erklärt es sich, warum einerseits erst mit dem Auftreten der selbständigen Mittler in Gestalt von Broker und Factor die Direktbeziehung zum ersten Male erörtert wurde und andererseits, warum dies an Hand von Fällen geschah, in denen um Einwendungen des Dritten bzw. des Geschäftsherrn gestritten wurde. Erst diese Fallkonstellationen boten einen Anlaß, über eine Differenzierung zwischen offener und verdeckter Stellvertretung nachzudenken. Daraus ergibt sich aber, daß in frühen Zeiten kein Bedürfnis vorhanden war, Vertretungsgeschäfte an Hand der Offenkundigkeit zu definieren. In einem Case-Law-System, welches nicht aus theoretischen Überlegungen entstanden ist, sondern allein aus den Bedürfnissen der Praxis erwachsen ist, kann somit nur das materielle Moment des "Für einen anderen Handeln" als Definitionskriterium verwandt worden sein.

Als nun ein Dritter zum ersten Male versuchte, wegen des Umstandes, daß der Factor bei einem Verkauf an ihn im eigenen Namen aufgetreten war, dem Kaufpreiszahlungsverlangen des Geschäftsherrn Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Factor entgegenzusetzen, stellte sich also keine von Grund auf n e u e Situation. Denn das Kriterium des "Für einen anderen Handeln" war gegeben, die Zuordnung zur Stellvertretung also nach dem bisherigen Definitionskriterium selbstverständlich. Da man aber die wertungsmäßig richtige Einsicht hatte, daß dem Dritten die Verteidigung gestattet sein mußte, schuf man eine Ausnahme und ließ das Vorbringen des Dritten als Einwendung zu. Dieses Ergebnis hätte sich auch durch die Annahme einer Trennung der Rechtsbeziehungen erzielen lassen. Es ist aber verständlich,daß dieser Weg damals nicht eingeschlagen wurde, wenn man überhaupt - was zweifelhaft ist - diesen Gedanken erwogen hat. Denn dies hätte bedeutet, das bisher allein entscheidende Kriterium - Handeln für jemand anderen - als nicht mehr ausschlaggebend anzusehen. Die Einwendungslösung hatte den Vorteil, ein gerechtes Ergebnis zu erzielen und dennoch nicht von dem bisherigen Grundprinzip abzuweichen.

Auf dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen bedarf es keiner weiteren Erläuterung, warum auch die Frage eines direkten Anspruchs des Dritten gegen den Geschäftsherrn sich zunächst an Hand von Fällen stellte, in denen der Geschäftsherr sich auf Einwendungen aus seinem Verhältnis zu dem Mittler berufen wollte. Ausgehend von dem Grundsatz der Direktberechtigung wurden diese Einwendungen nicht zugelassen. Dabei ist es zum Verständnis des Ergebnisses aber von Bedeutung, daß es sich bei der Mittelsperson um einen Broker handelte, der für seinen Geschäftsherrn eingekauft hatte.

Denn bei einem Broker scheint es - auch wenn dieser im eigenen Namen handelte - allgemein bekannt gewesen zu sein, daß ein Hintermann existierte und daß man sich als Verkäufer wegen des Kaufpreises auch an diesen halten konnte.

Zunächst wurde also in Einwendungsfällen der Umstand, daß ein Factor bzw. ein Broker im eigenen Namen handelte,als nicht hinderlich für die Annahme einer direkten vertraglichen Beziehung angesehen. Die damit eingeschlagene Richtung wurde in der Folgezeit beibehalten. So sah man ganz allgemein in dem Umstand, daß eine Mittelsperson im eigenen Namen auftrat, keinen Grund, eine agency zu verneinen. Es ist deswegen im Grunde nicht richtig, von einer Entwicklung der undisclosed agency zu sprechen. In Wirklichkeit verbirgt sich hinter diesem Begriff nur ein Bündel von Ausnahmen und Besonderheiten, die die Grundregeln der agency dann ergänzen, wenn der Mittler im eigenen Namen aufgetreten ist.

Das Dreipersonenverhältnis bei der undisclosed agency führt zu gewissen Schwierigkeiten. Zunächst ergibt sich das Problem, daß dem Dritten nicht die möglicherweise leistungsunfähige Person des Geschäftsherrn als Schuldner aufgedrängt werden kann; man löste es, indem dem Dritten ein Wahlrecht eingeräumt wurde, entweder den Mittler oder den Hintermann als Schuldner zu belangen. Da der Dritte aber keine zweifache Befriedigung verlangen kann, entstand daraus die noch heute kontrovers beantwortete Frage, ob nur eine tatsächliche Befriedigung oder z.B. auch eine Wahl des Dritten oder ein Urteil den Dritten hindert, gegen den jeweils anderen noch vorzugehen.

Der alternativen Schuldnerschaft entspricht die alternative Gläubigerstellung von Mittler und Geschäftsherr. Die grundsätzlich auch vorhandene Berechtigung des Mittlers endet, wenn der Hintermann sich zu erkennen gibt und sich selber anschickt, die Forderung geltend zu machen. Die Berechtigung des Mittlers kann nur dann nicht von dem Geschäftsherrn verdrängt werden, wenn dem Mittler aus der Durchführung des Auftrags eine Forderung gegen den Geschäftsherrn erwachsen ist, für die ihm ein lien (eine Art Pfandrecht) an der Forderung gegenüber dem Dritten zusteht.

Bezüglich der Frage, ob der Dritte und der Geschäftsherr sich auf Einwendungen aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler berufen können, blieb man bei den in den Factor- und Broker-Entscheidungen gewählten Lösungen. Diese Einwendungen sollen nur dann zulässig sein, wenn der Dritte oder der Geschäftsherr durch den jeweils anderen auf irgendeine Art und Weise zu dem Glauben veranlaßt wurde, er könne sich auf sein Verhältnis zu dem Mittler berufen.

Für den Dritten führt das in der Praxis meist zu einer Zulässigkeit seiner Einwendungen, da sowohl die Gestattung des Geschäftsherrn an den Mittler, im eigenen Namen aufzutreten, als auch die Besitzüberlassung an den Mittler als ausreichende Veranlassung durch den Geschäftsherrn angesehen werden. Die Rechtsbeziehungen der undisclosed agency entstehen jedoch auch dann, wenn der Mittler nicht weisungsgemäß im fremden Namen aufgetreten ist, sondern im eigenen Namen gehandelt hat. Deswegen verbleiben noch genug Fälle, in denen dem Dritten die Berufung auf Einwendungen zu dem Mittler verwehrt ist, obwohl er diesen für seinen alleini-

gen Vertragspartner hielt. Dieses Ergebnis ist wertungsmäßig verfehlt.

Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Einwendungen des Geschäftsherrn (teilweise wird eine Ausnahme gemacht, wenn dem Mittler die Leistung vorab zur Verfügung gestellt wurde) ist zumindest höchst unzweckmäßig. Aus der Sicht des Dritten, der nur den Mittler als seinen Schuldner ansah, besteht kein Grund, warum der Geschäftsherr sich nicht auf eine Leistung an den oder Aufrechnung gegenüber dem Mittler soll berufen können; und für den Geschäftsherrn bedeutet diese Regelung, daß er - will er der Gefahr einer nochmaligen Inanspruchnahme vorbeugen - kontrollieren muß, ob der Mittler die Leistung auch tatsächlich weiterleitet. (Insbesondere auch das Zusammenspiel mit der Unsicherheit, wann die Alternativberechtigung des Dritten endet, bedeutet für den Geschäftsherrn einen beträchtlichen Nachteil.)

Die wesentliche Begründung für die Behandlung der Einwendungen des Dritten und des Geschäftsherrn aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler ist dieselbe: weil grundsätzlich Dritter und Geschäftsherr sich unmittelbar gegenseitig in Anspruch nehmen könnten, habe eine Einwendung des Dritten oder des Geschäftsherrn nur dann Aussicht auf Erfolg,wenn der jeweilige Gläubiger die Einwendungen in irgendeiner Form veranlaßt habe. Diese Argumentation läßt außer acht, daß es gerade die Behandlung der Einwendungen war, die zur Herausbildung der undisclosed agency führte. Die scheinbar logische Folgerung von der Direktberechtigung auf die Notwendigkeit einer Veranlassung erweist sich damit als ein Zirkelschluß. In Wirklichkeit entscheidet die Behand-

lung der Einwendungen mit über die Berechtigung der undisclosed agency als solche (dazu im folgenden unter III) und nicht umgekehrt die Direktberechtigung der undisclosed agency über die Behandlung der Einwendungen.

Das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und undisclosed agency (dem Dritten wird ein ihm unbekannter Schuldner zugewiesen) hat zu der Frage geführt, ob es Fälle gibt, in denen aus der Vereinbarung zwischen dem Dritten und dem Mittler eine Unzulässigkeit der undisclosed agency abgeleitet werden muß. Eine Rechtsprechung, die einen solchen Ausschluß aus der für den Mittler gewählten Bezeichnung (z.B.: Eigentümer) herleiten wollte, ist wohl mittlerweile aufgegeben und jedenfalls abzulehnen. Jeder Mittler, der im eigenen Namen auftritt, handelt, unabhängig von der für ihn benutzten Bezeichnung, als Geschäftsherr. Die Unzulässigkeit einer undisclosed agency kann sich deswegen nicht aus der Bezeichnung des Mittlers, sondern nur aus anderen Kriterien, wie z.B. aus der Eigenart der vereinbarten Leistung (z.B. eine Operation durchzuführen oder ein Porträt zu malen), oder aus einer zwischen dem Dritten und dem Mittler getroffenen Vereinbarung (z.B. einem Abtretungsausschluß) ergeben.

Die amerikanische Rechtsprechung zeigt eine Neigung, bei Grundstücksgeschäften eine undisclosed agency nicht zuzulassen. Wenn es sich um den Verkauf eines Grundstückes des Geschäftsherrn durch den Mittler handelt, wird dabei ein beachtliches Argument vorgetragen: dem Dritten könne es nicht zugemutet werden, auf die Gewährleistungsrechte gegenüber dem ihm unbekannten Geschäftsherrn angewiesen zu sein. Dieser Gesichtspunkt, welcher bei Mobilien genauso ins Feld geführt werden kann, wurde in England gar nicht und

in den USA nur vereinzelt diskutiert. Eine Lösung könnte darin gesehen werden, daß man dem Dritten auch diesbezüglich ein Wahlrecht einräumt, dieser also entweder den Mittler oder den Geschäftsherrn als Gewährleistungsschuldner belangen kann.

II.

Es hat sich gezeigt, daß das deutsche Recht trotz der Trennung der Rechtsbeziehungen auf die verschiedenartigste Weise der bei der mittelbaren Stellvertretung bestehenden Interessenlage Rechnung trägt. Auch viele in Rechtsprechung und Literatur diskutierte Streitfragen stehen mit der Problematik der mittelbaren Stellvertretung im Zusammenhang.

1. Während das deutsche Recht nur im kaufmännischen Geschäftsbereich den Geschäftsherrn vor den anderen Gläubigern des Mittlers bevorzugt (§§ 392 Abs. 2, 406 Abs. 1 HGB), macht die undisclosed agency keinen Unterschied zwischen Geschäften unter Kaufleuten und solchen unter Privatpersonen.

   Der Deutsche Gesetzgeber hatte auf Grund von beachtlichen Überlegungen - erhöhte Manipulationsgefahr und Beweisschwierigkeiten - eine Übernahme des § 392 Abs. 2 HGB ins Zivilrecht abgelehnt. Die mit der Forderungsrelativierung verbundene Förderung der mittelbaren Stellvertretung nur im Bereiche des kaufmännischen Handelsverkehrs erscheint verständlich und kann durch Richterrecht nicht korrigiert werden (h.M.).

2. Auch die Annahme eines Treuhandverhältnisses bezüglich der von dem Mittler für den Geschäftsherrn erworbenen Forderung verbietet sich, da dies dieselben Folgen wie eine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB zeitigen würde (bei dieser Vorschrift handelt es sich um einen gesetzlichen Fall der Treuhand).

3. Wenn der Mittler eine bestimmte Sache des Geschäftsherrn verkauft hat und noch keine Leistungen ausgetauscht sind, braucht der Hintermann einen Zugriff der Gläubiger des Mittlers weder im Wege der Einzelzwangsvollstreckung noch beim Konkurse zu fürchten. Es hat sich gezeigt, daß in beiden Fällen der Geschäftsherr genauso dasteht, wie wenn ihm ein unmittelbarer Anspruch gegen den Dritten zustünde - d.h. er erhält die Gegenleistung. (Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB erweist sich insoweit als überflüssig.)

4. Auch dem Dritten erwachsen aus der Situation der mittelbaren Stellvertretung trotz der Trennung der Rechtsbeziehungen bezüglich der Gläubiger des Mittlers unerwartete Vorteile.

   Eine Einzelzwangsvollstreckung gegen den Mittler kann die Gläubigerstellung des Dritten nicht berühren, da der Befreiungsanspruch des Mittlers gegen den Geschäftsherrn unpfändbar ist.

   Im Konkurse des Mittelsmannes käme dem Dritten dieselbe Stellung zu wie im anglo-amerikanischen Recht, wenn der Befreiungsanspruch nicht in die Masse fiele. Das Problem der Behandlung des Befreiungsanspruchs im Konkurse des Befreiungsberechtigten ist vom Gesetzgeber nicht gesehen worden. Nach der h.M. wandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Leistungsanspruch der Masse um. Dem ist zuzustimmen, da wertungsmäßig kein Grund erkennbar ist, warum der Dritte vor den anderen Gläubigern des Mittlers bevorzugt werden soll. Der Unterschied zur Einzelzwangsvollstreckung rechtfertigt sich daraus, daß bei ihr eine Bevorrechtigung des Dritten i.d.R. nicht automatisch zu einer Benachteiligung der anderen Gläubiger des Mittlers führt:

sie können auf andere Vermögensgegenstände des Mittlers zugreifen.

Von dem Grundsatz, daß der Dritte im Konkurse des Mittlers wegen der Umwandlung des Befreiungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch bei einer mittelbaren Stellvertretung keine bessere Position hat, als wenn der Mittler im eigenen Namen gehandelt hätte, gibt es jedoch Ausnahmen.

Der Dritte ist zunächst dann geschützt, wenn im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Mittler § 392 Abs. 2 HGB eingreift. Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB zeigt erstaunlicherweise auch Schutzwirkung zu Gunsten des Dritten, indem sie den Konkursverwalter zu einer Erfüllungswahl (§ 17 KO) auch im Verhältnis zu dem Dritten zwingt. Dies hat zur Folge, daß dieser die ihm versprochene Gegenleistung erhält.

Darüber hinaus bekommt der Dritte bei einem Verkauf an einen mittelbaren Stellvertreter, wenn er noch nicht an den Mittler geliefert hat, in der Regel den Kaufpreis. Die an sich mögliche Nichterfüllungswahl des Konkursverwalters nach § 17 KO ihm gegenüber wird dadurch ausgeschlossen, daß durch eine solche Nichterfüllungswahl der Masse kein Vorteil verschafft werden kann. Deshalb ist der Konkursverwalter zur Erfüllungswahl verpflichtet, wenn damit nicht besondere Aufwendungen oder Kosten verbunden sind.

5. Bei Leistungsstörungen durch den Dritten bedeutet die allgemein anerkannte Drittschadensliquidation die Überwindung der Trennung der Rechtsbeziehungen.

6. Der umgekehrten Situation - Leistungsstörung durch den Geschäftsherrn - widmen Rechtsprechung und Literatur wenig Aufmerksamkeit. Soweit man sich mit

der Problematik beschäftigt, wird ein Anspruch des Dritten meist verneint. Dem ist nicht zuzustimmen, da der Geschäftsherr im Verhältnis des Mittlers zu dem Dritten als Erfüllungsgehilfe des Mittlers anzusehen ist.

7. Bei einer arglistigen Täuschung durch den Geschäftsherrn führt die anerkannte einschränkende Auslegung des Begriffs "Dritter" in § 123 Abs. 2 (der Geschäftsherr wird nicht als Dritter angesehen) dazu, daß der Dritte, obwohl der Hintermann nicht unmittelbar am Vertragsverhältnis beteiligt ist, anfechten kann.

8. Täuscht der Geschäftsherr den Dritten, um ihn zu einem Vertragsschluß mit dem mittelbaren Stellvertreter zu veranlassen, ist diesem entgegen der h.M. in Anlehnung an die Konstruktion der Drittschadensliquidation ein Anfechtungsrecht zuzubilligen.

9. Bei einem Irrtum des Geschäftsherrn kommt wegen des berechtigten Interesses des Dritten eine Anfechtung nicht in Betracht.

10. Die fehlerhafte Vorstellung des Dritten, daß der Mittler Eigentümer der verkauften Sache ist, kann nicht zu einem Anfechtungsrecht führen, da das Eigentum nicht als verkehrswesentliche Eigenschaft angesehen wird.

11. Eine Verpflichtungsermächtigung, welche unter Umgehung des Offenkundigkeitsprinzips (§ 164) sozusagen die Zulassung der einen Hälfte der undisclosed agency im deutschen Recht bedeuten würde, kann nicht anerkannt werden, da für sie kein Bedürfnis besteht. In einigen Fällen wird dem Dritten allerdings

dadurch geholfen, daß der Geschäftsherr als Erfüllungsgehilfe des Mittlers gegenüber dem Dritten anzusehen ist (s.o.).

12. Das sogenannte obligatorische Gfd, welches von der h.M. als Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip des § 164 anerkannt wird, unterscheidet sich dadurch von der undisclosed agency des anglo-amerikanischen Rechts, daß beim Gfd der Dritte nur den Geschäftsherrn, nicht aber wahlweise auch den Mittler als Schuldner belangen kann.
Dieses von der Rechtswissenschaft geschaffene Institut ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

Auffallend ist zunächst der Unterschied zwischen dem Ausgangspunkt der Literatur, die das obligatorische Gfd in Anlehnung an das dingliche Gfd zum Schutz des Geschäftsherrn geschaffen hat, einerseits und der praktischen Anwendung dieses Instituts andererseits. Alle nach dem 2. Weltkriege dazu veröffentlichen Urteile beschäftigen sich aus dem Interesse des Dritten heraus mit der Frage eines obligatorischen Gfd. Es besteht aber kein anerkennenswertes Bedürfnis dafür, daß der Dritte neben dem Mittler noch einen anderen Schuldner belangen kann. Hinzu kommt, daß in einigen Urteilen das Grundverständnis dieses Instituts als Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip des § 164 insoweit verlassen wird, als Vertretungsmacht und Vertretungswille in der Person des Mittlers gar nicht mehr geprüft werden. An dieser Rechtsprechung zeigt sich eine Tendenz, das obligatorische Gfd unter Abkehr von der ihm an sich zugedachten Funktion zu einem Instrument zu machen, vermittels dessen dem Dritten

eine andere Person als Schuldner verschafft werden soll.

Auch in der Person des Geschäftsherrn besteht kein Bedürfnis für ein obligatorisches Gfd. Wenn die Abrede zwischen dem Geschäftsherrn und dem Mittler die Grundlage für ein Gfd bilden soll, dann ist es auch möglich, ihr als ein "Weniger" eine Vorauszession zu entnehmen, welche den Geschäftsherrn in gleicher Weise schützt.

Die Feststellung der Gleichgültigkeit des Dritten bezüglich seines Vertragspartners wird häufig eine unbeweisbare Unterstellung bleiben. Denn oft wird sich erst nach Durchführung des Vertrages, wenn es um eine Anfechtung oder die Geltendmachung von Mängelrechten geht, herausstellen, ob dem Dritten tatsächlich nicht an der Person seines Vertragspartners gelegen war. Die Gleichgültigkeit kann aber nicht unterschiedlich bestimmt werden, je nachdem, ob solche nachträglichen Probleme auftreten oder nicht.

Weiterhin ist der Begriff "Geschäft des täglichen Lebens", der die konkrete Feststellung der Gleichgültigkeit ersetzen soll, zu konturenlos und unbestimmt, um als Abgrenzungskriterium dienen zu können.

Letztlich kann auch die dogmatische Begründung des Gfd, die dieses Institut auf eine teleologische Reduktion des § 164 zurückführt, nicht überzeugen. Die Gesetzesmotive zum Auftragsrecht, in denen eine Übernahme des § 392 Abs. 2 HGB ins allgemeine Zivilrecht abgelehnt wird, lassen deutlich erkennen, daß das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 nicht nur dem Schutz des Dritten, sondern auch dem Schutz der

anderen Gläubiger des Mittlers, der Beweiserleichterung und der Vorbeugung gegenüber Manipulationen dienen soll. Das Interesse des Dritten, seinen Vertragspartner zu kennen, ist somit nur einer der Normzwecke des § 164. Wenn man bei dem Gfd ausschließlich auf die Gleichgültigkeit des Dritten abstellt, übersieht man die anderen Beweggründe des Gesetzgebers; eine teleologische Reduktion ist somit auf diese Weise nicht zu rechtfertigen. (Zwischen der Ablehnung einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB und der Zulassung eines obligatorischen Gfd besteht ein unlösbarer Widerspruch; dasselbe gilt bezüglich des Verhältnisses von Ablehnung einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB auch auf dingliche Rechte einerseits und der Zulassung eines dinglichen Gfd andererseits.)

III.

Abschließend soll eine Antwort auf die Frage versucht werden, ob die Direktberechtigung des anglo-amerikanischen Rechts oder die Trennung der Rechtsbeziehungen nach deutschem Muster vorzugswürdig ist. Die Prüfung dieser Frage hat von der Feststellung der wesentlichen Unterschiede der beiden Konzepte auszugehen. Diese liegen, wie schon oben angeführt, in zwei Problemkreisen: die Behandlung der Einwendungen des Dritten und des Geschäftsherrn aus ihrem Verhältnis zu dem Mittler und das Verhältnis von Drittem und Geschäftsherrn zu den Gläubigern des Mittlers.

Was die Einwendungsproblematik angeht, so wurde bereits unter I dargelegt, daß hier die Zulässigkeit der Einwendungen die bessere Lösung darstellt. Insofern erscheint also die Trennung der Rechtsbeziehungen vorzugswürdig.

Das Gleiche gilt bezüglich der Situation des Dritten bei Leistungsunfähigkeit des Mittlers; die undisclosed agency, welche dem Dritten den Vorrang vor den anderen Gläubigern des Mittlers einräumt, ist durch nichts zu rechtfertigen. Bei Vertragsschluß weiß der Dritte nichts von der mittelbaren Stellvertretung; er hat nur auf die Leistungsfähigkeit seines Schuldners (des Mittlers) vertraut. Es besteht kein Grund, ihm bei Leistungsunfähigkeit des Mittlers eine bessere Stellung einzuräumen als den anderen Gläubigern des Mittlers.

Etwas anders sieht es bezüglich der Position des Geschäftsherrn aus. Dieser ist zwar auch nur einer von möglicherweise vielen Gläubigern des Mittlers, aber hier kommt einer Regelung, die wie die Direktberechtigung des anglo-amerikanischen Rechtes oder wie § 392 Abs. 2 HGB den Geschäftsherrn bevorzugt, eine gewisse Initialwirkung zu. Die Bevorrechtigung des Geschäftsherrn führt dazu, daß die mittelbare Stellvertretung öfter benutzt wird. (Aus einer Bevorrechtigung des Dritten ergibt sich keine solche Initialwirkung.) Da aber ein praktisches Bedürfnis für den wirtschaftlichen Vorgang, der sich hinter dem Begriff der mittelbaren Stellvertretung verbirgt, besteht, erscheint eine Bevorzugung des Initiators (Geschäftsherr) vor den Gläubigern des Mittlers vertretbar. So gelangt auch das deutsche Recht über §§ 392 Abs. 2, 406 Abs. 1 HGB in den meisten praktischen Fällen zu der gleichen Lösung wie die Direktberechtigung der undisclosed agency.

Sowohl das deutsche als auch das anglo-amerikanische Rechtssystem weichen in einem ganz wesentlichen Punkt von der Lösung ab, die sich an sich aus ihrem Prinzip ergeben würde: das anglo-amerikanische Recht, indem

es die Einwendungen des Dritten zuläßt, wenn eine Besitzüberlassung oder eine Gestattung des Eigenhandelns vorliegt, und das deutsche Recht mit der Bevorrechtigung des Geschäftsherrn in den Fällen des § 392 Abs. 2 HGB (bzw. § 392 Abs. 2 in Verbindung mit § 406 Abs. 1 HGB).

Obwohl damit die völlige Unterschiedlichkeit der Grundkonzepte in der praktischen Anwendung eine wesentliche Angleichung erfährt, erscheint insgesamt bezüglich dieser beiden Hauptproblemkreise die Lösung des deutschen Rechts besonders wegen der Einwendungen des Geschäftsherrn und der Behandlung des Dritten bei Leistungsunfähigkeit des Mittlers vorzugswürdig. Dieselbe Wertung ergibt sich auch, wenn man die sonstigen Auswirkungen der beiden gegensätzlichen Systeme betrachtet. Die Schwierigkeiten, welche im anglo-amerikanischen Recht aus der Alternativität von Schuldner- und Gläubigerstellung herrühren (s. dazu im vorstehenden unter I), erscheinen größer als die Probleme, welche die Trennung der Rechtsbeziehungen (s. dazu oben unter II) mit sich bringt.

Zum Schluß sei noch einmal der auf den ersten Blick erstaunliche Umstand aufgegriffen, daß sowohl das deutsche als auch das anglo-amerikanische Rechtssystem sich jeweils ohne große Diskussion für gegenteilige Grundkonzepte entschieden.

Beim deutschen Recht war es die Überlegung, daß dem Dritten kein fremder Schuldner aufgedrängt werden kann, welche eine Diskussion über eine Direktberechtigung gar nicht aufkommen ließ. Daß dieser Gesichtspunkt bei der Entwicklung der undisclosed agency zunächst keine Rolle spielte, lag wohl daran, daß es in den ersten Fällen gerade im Interesse des Dritten lag, den

Hintermann belangen zu können. (Später wurde das Problem dann aber beiläufig dadurch entschärft, daß man dem Dritten ein Wahlrecht einräumte.)

Neben der bereits oben geschilderten historischen Entwicklung der undisclosed agency kann auch gerade die Regelung des § 392 Abs. 2 HGB zum Verständnis dieses Instituts beitragen: das Bedürfnis, die Stellung des Geschäftsherrn im Verhältnis zu den anderen Gläubigern des Mittlers zu verbessern, welches sich im deutschen Recht in der praktisch bedeutsamen Regelung des § 392 Abs. 2 HGB niederschlug, war aus damaliger Sicht nur durch die Annahme einer Direktberechtigung zu befriedigen. Es ist durchaus verständlich, daß in den frühen Entscheidungen die Richter noch nicht auf die Idee kamen, dasselbe Ziel mittels des relativ komplizierten rechtstechnischen "Kniffs" einer Forderungsrelativierung (so § 392 Abs. 2 HGB) zu erreichen.

Insgesamt stellen sich somit die unterschiedlichen Konzepte zur mittelbaren Stellvertretung als die typischen Produkte zweier verschiedener Arten der Rechtsentstehung dar: einmal die undisclosed agency des anglo-amerikanischen Rechtes, welche nur aus der Praxis erwachsen ist und sich von der Einzelfalllösung hin zum allgemeinen Prinzip entwickelt hat und zum anderen das deutsche Rechtssystem, welches neben den aus der Praxis entstandenen Bedürfnissen auch auf abstrakten Überlegungen beruht.

L e b e n s l a u f

Am 1. Juli 1947 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Peter Heister und seiner Ehefrau Gisela, geb. Goder, in Düsseldorf geboren. In Neuß besuchte ich die Volksschule und das Gymnasium und legte im März 1966 die Reifeprüfung ab.

Anschließend studierte ich in Köln, Freiburg und Bonn Rechtswissenschaften und bestand im März 1972 in Bonn die erste juristische Staatsprüfung. Den Referendardienst absolvierte ich im Bereich des OLG Köln und legte im Juni 1975 in Düsseldorf das zweite juristische Staatsexamen ab.

Danach arbeitete ich als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle am Institut für öffentliches Recht (Abt. Verwaltungsrecht) der Universität Bonn bei Herrn Prof. Dr. Jürgen Salzwedel. Im Mai 1976 heiratete ich meine Frau Beate. geb. Albrecht. Wir haben zwei Söhne und eine Tochter. Seit Juli 1979 bin ich bei dem Bankhaus Trinkaus und Burkhardt in Düsseldorf beschäftigt.